

LE
POSITIVISME JURIDIQUE
ET LE
DROIT INTERNATIONAL



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le 22 février 1939, à 14 heures

PAR

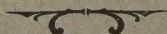
ISMAIL NIHAT ERIM

Diplômé de l'Institut des Hautes Etudes Internationales
de l'Université de Paris

JURY :

Président : M. Louis LE FUR, Professeur

Suffragants { M. Georges SCELLE, Professeur
 { M. SIBERT, Professeur



LES PRESSES MODERNES
96, Galeries Beaujolais — Palais-Royal
PARIS (1^{re})

1939



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547906_0020

**LE POSITIVISME JURIDIQUE
ET LE DROIT INTERNATIONAL**

LE
POSITIVISME JURIDIQUE
ET LE
DROIT INTERNATIONAL



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le 22 février 1939, à 14 heures

PAR

ISMAIL NIHAT ERIM

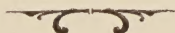
Diplômé de l'Institut des Hautes Etudes Internationales
de l'Université de Paris



JURY :

Président : M. Louis LE FUR, Professeur

Suffragants { M. Georges SCHELLE, Professeur
 { M. SIBERT, Professeur



LES PRESSES MODERNES

96, Galeries Beaujolais — Palais-Royal

PARIS (1^{er})

1939



*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

Introduction

Le Droit des gens est la branche de la science de droit qui s'occupe des relations entre les peuples. Depuis les époques les plus reculées, les hommes qui se sont groupés en des familles, cités, peuples, nations ou Etats distincts ont vécu, et continuent de vivre encore, dans une société de mutuelle collaboration.

La civilisation occidentale est l'œuvre des peuples qui surent vivre dans la plus haute interdépendance. Le progrès de l'humanité ne peut s'effectuer que dans une atmosphère de confiance. La division du travail poussée à l'extrême permet aux peuples de créer de nouvelles richesses tant matérielles que morales. L'avenir de la civilisation dépend de la continuation de cet état d'esprit. Toute idée égoïste est un mal pour l'individu et pour le genre humain.

Dans le domaine des relations internationales, l'égoïsme des peuples se manifeste par un chauvinisme national. Si la communauté universelle contemporaine se trouve aujourd'hui dans une crise aigüe, c'est à cause de la naissance et du développement des doctrines égoïstes. Il y a une méfiance entre les peuples. Chacun cherche à se retirer dans sa carapace. La persistance de cet état de choses amènera la chute de la civilisation occidentale.

Tout homme qui mérite le titre de philosophe ou de juriste a le devoir sacré de penser à l'avenir, de constater les faits et les exposer, et surtout de montrer le chemin qui lui semble le meilleur pour atteindre le but, l'idéal qui est le même pour tous les hommes quelle que soit leur nationalité ou

leur Etat : *La réalisation du bien commun de tous dans la justice.*

Pour arriver à cette fin il faut que la société soit organisée, et, il est nécessaire que les hommes adoptent une ligne de conduite conforme aux exigences de la vie en commun. Les rapports sociaux doivent donc être réglés suivant des principes bien déterminés. L'arbitraire et le bon vouloir ne peuvent avoir d'autres suites que de l'anarchie ou de la tyrannie. Depuis longtemps, les philosophes et les juristes étudient ce problème et cherchent les *principes fondamentaux* ou la *règle de base* du système juridique.

Etudier le problème de droit se ramène en dernière analyse à rechercher son fondement premier. La question se pose ainsi : d'où la règle de droit tire-t-elle sa force d'obligation ? Ou en d'autres termes : quel est le critère qui nous permet de distinguer ce qui est Droit et ce qui ne l'est pas ?

Les philosophes et les juristes se sont souvent posés pareille question et ont cherché à apporter une réponse définitive. Mais les idées sont tellement divisées sur ce sujet que des difficultés innombrables surgissent devant celui qui la première fois veut aborder l'étude du problème de droit.

Il faut qu'on ne se laisse pas entraîner par le désespoir. Nous avons travaillé à combattre en nous le pessimisme, grandissant devant les idées contradictoires des auteurs les plus qualifiés. Finalement nous avons eu cette conviction définitive d'après laquelle malgré l'apparente multitude des doctrines on peut les ramener toutes à deux groupes adverses : l'école du droit naturel et le positivisme juridique.

Le premier groupe qui croit en l'existence d'une justice absolue et universelle est sans doute le plus ancien et le mieux soutenu. Dès le temps des Aristote, des Héraclite et des Cicéron, cette croyance en un principe supérieur occupe

une place prépondérante dans l'histoire de la pensée. La religion chrétienne facilita la propagation de cette idée. Jusqu'à la Réforme l'unité spirituelle fut la source d'une morale commune au monde chrétien. Après la scission survenue dans le sein de l'Eglise, bien qu'affaibli, le courant naturaliste garda son influence et son importance intacte. Les auteurs comme Grotius entreprirent la tâche de systématiser ce droit. Le droit naturel se dépouilla alors de son allure dogmatique et prit un caractère réaliste, objectif et rationnel. Ce fut un retour à l'idée classique qui date d'Aristote. Aujourd'hui cette renaissance du droit naturel produit des fruits excellents. Les philosophes et les juristes, qui sont comme une sorte de corps d'état major général de la société humaine, contribuent à développer des principes immuables et universels de la justice inhérente à la nature de l'homme.

En face de cette doctrine un autre groupe, dès le temps des sophistes grecs, continue à trouver des partisans plus ou moins nombreux, selon les périodes. Prenant le contre pied de l'école du droit naturel, les positivistes déclarent qu'il n'existe pas une justice absolue. Selon eux tout est relatif dans le monde des connaissances humaines. La découverte de l'absolu étant impossible, il faut se contenter de l'observation des faits que nos sens nous révèlent. La théorie positiviste apportée dans le domaine des relations internationales a pour conséquence d'accepter comme étant de droit la pratique des Etats. Un jugement de valeur, si nécessaire dans les sciences morales, politiques et juridiques, y fait défaut.

Parmi les positivistes, il y en a ceux qui acceptent l'égalité juridique des peuples. Mais il y en a d'autres qui croient en l'existence des nations envoyées et désignées par Dieu ou la Providence pour gouverner le surplus de l'humanité.

Ils disent que le peuple le plus fort est, par définition, appelé à dominer le monde entier.

Dans la présente étude nous voulons examiner le développement des idées positivistes. Nous commencerons par donner une définition du positivisme juridique. Pour arriver à cette fin nous tâcherons d'éliminer les deux autres tendances positivistes (philosophiques et sociologiques). Bien que les trois écoles positivistes aient des rapports intimes, des différences essentielles subsistent cependant entre elles.

L'histoire de la pensée humaine nous révèle d'autre part que la doctrine positiviste ne date pas seulement du XIX^e siècle. Elle est plus ancienne. Il faut remonter jusqu'aux Légistes chinois et aux Sophistes grecs.

Le rôle et l'importance de l'histoire des idées philosophiques ne demandent aucune démonstration particulière. Pour comprendre le présent, le passé nous apportera une aide non négligeable. Nous avons pu discerner une certaine continuité dans la pensée des publicistes selon leur pays et leur foyer de culture. Les écoles contemporaines positivistes juridiques seront de ce fait étudiées et classées suivant leur pays.

Le positivisme juridique se ramène, en dernière analyse, à trouver le fondement du droit dans la volonté. De ce fait nous emploierons les deux termes — le positivisme et le volontarisme — comme des synonymes. Quand on dit que le seul droit est le droit positif, on arrive par là à affirmer que le créateur unique du droit est la volonté souveraine.

Pour une doctrine volontariste, il n'y a pas lieu de distinguer entre le droit interne et le droit international. Tout auteur qui adoptera le positivisme juridique doit logiquement rester fidèle à cette doctrine et à la méthode positiviste, et déclarer qu'il n'y a qu'un seul droit. Qu'il s'agisse des rap-

ports des individus d'une même communauté nationale ou étatique, ou des relations de différents peuples ou Etats, le point de départ est toujours la volonté. Le monisme s'impose donc partout.

Dans un ouvrage où on étudie la doctrine positiviste du droit, une distinction entre le droit interne et le droit des gens, serait, sinon absurde, du moins inutile. C'est pourquoi nous n'avons pas cru nécessaire de consacrer des parties distinctes au Droit international et au Droit interne. Nous avons parlé du fondement et de la méthode de droit en général. On ne trouvera donc pas une distinction entre les juristes qui se sont occupés exclusivement de l'une ou de l'autre de ces deux branches du droit. Un publiciste qui veut rester fidèle au volontarisme doit adopter cette devise : Une fois positiviste, toujours positiviste.

D'ailleurs même pour une personne qui croit en l'existence d'un droit supérieur, objectif et rationnel, le dualisme est unilatéral, c'est-à-dire il est acceptable seulement du point de vue de Droit positif et de Droit objectif.

Les partisans d'une distinction entre le droit interne et le droit international ne peuvent pas trouver une explication convaincante quant au fondement de ces deux branches du droit. Ils seront obligés de remonter jusqu'à une norme qui englobera tout le système de droit. Les positivistes, avec Kelsen, refusent le dualisme entendu dans ce dernier sens, et font découler tout le droit, qui soit interne ou interétatique, de la même règle : *Pacta sunt Servanda*.

L'école du droit objectif trouve dans la base de tout droit, qui mérite ce nom quand au fond, la notion de justice. Ainsi pour les deux tendances opposées il n'y a qu'un seul fondement réel et logique du droit.

Nous avons adopté le titre « Le Positivisme juridique et le droit international » pour attirer l'attention sur les conséquences de la doctrine positiviste en ce qui concerne le domaine des relations internationales. Parce que c'est surtout pour cette branche du droit que ces conséquences sont désastreuses.

Nous concluerons donc en disant qu'on soit positiviste ou partisan du droit objectif et rationnel, du point de vue de fondement, le droit se ramène pour tout le monde à une seule source.

Pour parer au danger de toute équivoque nous croyons utile d'affirmer et de préciser dès maintenant que, l'auteur de cette étude est loin d'adopter la méthode positiviste et anti-métaphysique. Au contraire il a la ferme conviction que dans la vie sociale les faits matériels sont partout et toujours dominés par les sens spirituels de l'homme.

C'est en partant de ce point de vue que nous entreprenons l'examen du positivisme juridique.

PREMIÈRE PARTIE

La Définition

Une étude sur le positivisme juridique doit commencer par voir ce que signifie ce terme. La question de terminologie a une grande importance dans notre science. Dans une étude qui essaie d'exposer et de critiquer la doctrine positiviste du droit cette importance est de premier ordre.

En effet si on ne précise pas bien ce que l'on entend par « positivisme juridique » on risque de le confondre avec le positivisme philosophique et sociologique. Ces trois termes bien qu'ils commencent par le même mot « positivisme » et, aient une certaine parenté entre eux restent cependant différents l'un de l'autre.

Les discussions sur ce sujet entre François Gény, Gaston Richard, Marcel Waline et d'autres encore n'ont pas définitivement réglé cette question et fixé la terminologie (1).

Pour voir clair dans ce débat nous avons cru nécessaire d'aborder successivement l'étude du positivisme philosophique, sociologique et enfin juridique. C'est après cette étude qu'il nous sera possible d'entreprendre l'examen des principales doctrines positivistes du droit.

(1) Voir F. Gény : *Science et Technique* et surtout : *La notion de Droit en France*, Archives 1931, N° 1-2; G. Richard : *Le Positivisme Juridique et la Loi des Trois états*, archives 1931, N° 3-4; M. Waline ; *Le Positivisme Philosophique, Juridique et Sociologique, Mélanges*, C. de Malberg 1933, P. 519.

CHAPITRE PREMIER

LE POSITIVISME PHILOSOPHIQUE

Pour exposer cette théorie nous nous bornerons à l'étude de l'œuvre d'A. Comte. Car si celui-ci n'est pas le fondateur de cette école philosophique il en est sûrement le premier systématisateur. Comte lui-même reconnaît qu'il avait eu des précurseurs, des savants qui ont facilité les progrès de l'esprit positif depuis Aristote et Archimède jusqu'à Condorcet et Gall (1).

Dans la langue de Comte, le mot philosophie désigne le système général des conceptions humaines. La philosophie positive consiste à envisager les théories dans quelque ordre d'idées que ce soit comme ayant pour objet *la coordination des faits*. L'esprit humain a pu arriver à ce résultat positif après une longue série d'évolutions. On distingue trois phases principales dans le développement de la pensée philosophiques :

1° Dans *l'état théologique* l'homme cherche les *causes* des événements qu'il observe. Il croit les trouver dans l'action directe et continue d'agents surnaturels plus ou moins nombreux. Toutes les anomalies observées par l'esprit humain sont expliquées par l'intervention de ces agents surnaturels. Mais il arrive un moment, par suite d'une évolution inévitable, où l'homme remplace ces agents surnaturels par des causes abstraites ; c'est *l'état métaphysique*.

(1) L. Bruhl : La Philosophie d'Auguste Comte, p. 408.

2° Dans cette deuxième phase de la pensée, la recherche des causes n'est pas abandonnée. L'état métaphysique est une simple modification de l'état théologique. On considère que tous les phénomènes observés sont engendrés par des forces abstraites qui sont de véritables entités, des abstraction personnifiées inhérentes aux divers êtres du monde (1) ; mais, poursuivant toujours son développement, l'esprit humain arrive à comprendre que la connaissance de *l'absolu* est impossible. Il renonce alors à toute tentative d'explication des causes intimes des phénomènes.

3° On arrive ainsi à la dernière phase de l'évolution : l'état *positif*. Maintenant on se contente de *l'observation* pure et simple des faits.

Les deux premières phases de la pensée humaine sont nécessairement transitoires. Parce que, cherchant toujours les causes finales des phénomènes observés par l'homme on se voit tomber inévitablement dans le domaine de la spéculation. Alors, ce n'est plus la véritable observation, mais le raisonnement qui acquiert une importance ; de ce fait on s'éloigne progressivement des faits. On commence à chercher des arguments au lieu de préciser et de perfectionner l'observation. Comte dénonce cet état de choses et conclut en ces termes : « On peut donc envisager l'état métaphysique comme une sorte de maladie chronique naturellement inhérente à notre évolution mentale, individuelle ou collective, entre l'enfance et la virilité » (2).

Alors, l'esprit humain, comprenant qu'il lui est impossible de découvrir et d'expliquer les causes finales des phénomènes, d'arriver à l'absolu, renonce finalement à ces recherches spéculatives et se borne à limiter son activité dans le

(1) Discours sur l'esprit positif, p. 12.

(2) Discours, p. 16.

domaine de la véritable observation : « La logique spéculative reconnaît désormais comme règle fondamentale que toute proposition qui n'est pas strictement réductible à la simple énonciation d'un fait, ou particulier ou général, ne peut offrir aucun sens réel et intelligible » (1). Il faut donc se contenter de la simple recherche des *lois*. Celles-ci sont des *relations constantes qui existent entre les phénomènes observés*. Nous ne connaissons que les liaisons mutuelles propres à l'accomplissement de ces lois mais le mystère de leur production restera toujours un secret profond et obscur pour la défaillante pensée humaine. Cette défaillance aura une autre conséquence : on ne pourra pas observer tous les phénomènes. Nos moyens d'action étant imparfaits « la perte d'un sens important suffit pour nous cacher radicalement un ordre entier de phénomènes naturels ». D'autre part « l'acquisition d'un sens nouveau nous dévoilerait une classe de faits dont nous n'avons maintenant aucune idée » (2). Donc on voit que toutes nos connaissances ont le même caractère d'être *relatives*. Leur degré de précision dépend de la disponibilité de chacun pour les recevoir.

L'imagination n'est pas complètement bannie du domaine de la science positive. Elle est seulement subordonnée à l'observation, car sans une spéculation spirituelle la science réelle dégénérera « en une sorte de stérile accumulation de faits incohérents qui ne pourraient offrir d'autre mérite essentiel que celui de l'exactitude partielle » (3). Or le véritable esprit positif « consiste surtout à *voir pour prévoir*, à étudier ce qui *est* afin d'en conclure ce qui *sera* d'après le dogme général de l'invariabilité des lois naturelles » (4). Pour Comte.

(1) Discours, p. 19.

(2) Discours, p. 21.

(3) Discours, p. 24.

(4) Discours, p. 25.

le principe fondamental de toute la philosophie positive consiste dans l'invariabilité des lois naturelles. Mais il ne faut pas se tromper sur la portée de cette expression. Ces lois ne découlent pas d'une notion innée. L'invariabilité est le produit « d'une lente induction graduelle, à la fois collective et individuelle ». La conception *a priori* n'a pas de place dans un système de philosophie positive. Il ne faut jamais se laisser entraîner par la spéculation et dépasser l'expérience. L'hypothèse transcendante des causes finales est repoussée.

Bref, dans l'état positif la substitution de l'étude des lois invariables des phénomènes à celle de leurs causes premières ou finales est complète; la détermination du comment laisse la place à celle du pourquoi.

Comte, s'appuyant sur la méthode positive, nous donne une classification des sciences. Pour arriver à cette fin, il part du plus simple et aboutit au plus complexe. Ainsi les *Mathématiques* se trouvent à la tête du classement et sont suivies par ordre de complexité par l'*Astronomie*, la *Physique*, la *Chimie*, la *Biologie* et la *Sociologie*. La non existence de la *Psychologie* dans cette liste est très significative. Elle est confondue intentionnellement avec la Biologie.

La Sociologie est la plus jeune de toutes ces sciences. Elle n'est pas encore arrivée au stade définitif, à savoir le positivisme. Comte la conduira jusqu'à ce point et constituera la vraie science de la société humaine. Pour accomplir cette tâche il aura à sa disposition la *méthode positive* qui est dépourvue de toute idéologie métaphysique. D'après Comte, la structure sociale existe en soi avec des caractères et organes permanents. Les organes sont déterminés par la *statique sociale*. La *dynamique sociale* renferme les lois du progrès. Les relations entre ces deux systèmes sont rétablies sur cette

base : le progrès vient de l'ordre. La dynamique qui est subordonnée à la statique se réduit à *la loi des trois états* (1).

Quelle place occupe le droit dans le système positif d'Auguste Comte ? Sur ce point, il existe une divergence de vues entre Duguit et G. Richard. L'un et l'autre se basant sur un passage célèbre de la conclusion du discours préliminaire de Comte, aboutissent à des résultats différents. Duguit dit que Comte repousse l'idée du droit subjectif. G. Richard insiste, au contraire, sur le fait que Comte ne rejette pas seulement *le droit subjectif*, mais aussi *le droit objectif*. Qui a raison ? Pour répondre à cette question il est nécessaire que nous aussi nous citions ce passage controversé :

« Cette régénération décisive consiste surtout à subordonner toujours les droits aux devoirs pour mieux subordonner la personnalité à la sociabilité. *Le mot droit doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique.* De ces deux notions théologico-métaphysiques, l'une est désormais immorale et anarchique comme l'autre est irrationnelle et sophistique. Également incompatibles avec l'état final, elles ne convenaient chez les modernes qu'à la transition révolutionnaire par leur action dissolvante sur le système antérieur. Il ne peut exister de droit véritable qu'autant que les pouvoirs réguliers émanent de volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature anti-sociale en tendant toujours à consacrer l'individualité. *Dans l'état positif qui n'admet plus de titres célestes, l'idée de droit disparaît inévitable-*

(1) E. Brehier : *Histoire de la philosophie*, p. 883.

ment. Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit. Les justes garanties individuelles résultent seulement de cette universelle réciprocité d'obligations qui reproduit l'équivalent moral des droits antérieurs sans offrir leurs graves dangers politiques. En d'autres termes, *nul ne possède d'autre droit que celui de toujours faire son devoir* » (1).

A vrai dire, ce passage du discours n'est pas suffisamment clair pour trancher le litige qui oppose les juristes. Dans son ensemble il nous amène à croire que Comte en écrivant ces lignes pensait à l'idée du droit formulée par les partisans des droits de l'homme découlant de l'éminente dignité de la personne humaine. Quand Duguit se basant sur ce passage déclare que Comte a repoussé le droit subjectif, il a raison. Seulement l'affirmation de Duguit, sans être fausse, reste incomplète. En effet, Comte identifie le mot droit et le mot cause; de ce fait il les écarte tous les deux. Il ne fait pas une distinction entre diverses sortes de droits; dans le langage de Comte il n'y a pas la distinction du subjectif et de l'objectif. Il parle d'une manière générale du droit. Veut-il par là donner une signification spéciale à ce mot, ou bien désire-t-il justifier le droit que Duguit appelle objectif ? Nous n'en savons rien. En tous cas ce passage ne nous en dit rien. Pour dissiper toute équivoque nous allons examiner la *Correspondance inédite* publiée par les soins de la Société positiviste. Dans des lettres adressées à différentes personnalités, Comte exprime ses idées sur la valeur de la loi objective. De ces idées nous pouvons tirer une conclusion : le droit objectif est le plus souvent, aux yeux des positivistes sociologiques, constaté et fixé par le législateur, et

(1) Discours préliminaire sur l'ensemble du positivisme, p. 183, cité par G. Richard, *loc. cit.* p. 313.

le droit subjectif est confondu avec le droit naturel (1). Or, Comte n'aime pas le légiste. A ses yeux le métaphysicien et le légiste sont le même homme. Dans une lettre adressée à un positiviste italien Profumo, Comte approuve le coup d'Etat de 1851 en s'exprimant par des termes très clairs : « L'avènement inattendu d'une vraie dictature temporelle modifie très heureusement notre situation républicaine et par suite l'ensemble de la situation occidentale. Cet énergique effort constitue un pas important hors de l'ornière métaphysique où se consomment nos forces de tout genre. Sans doute nous ne pouvons pas encore nous regarder comme irrévocablement débarrassés de *la désastreuse prépondérance des assemblées politiques, aussi funestes à l'ordre que stériles pour le progrès... Le fétichisme de la loi se trouve maintenant dissipé parmi nous grâce à cette expérience hardie* » (2).

Auguste Comte est donc résolument hostile à tout système politique qui donnera la tâche de préparer et de voter des lois à une assemblée majoritaire; il n'a aucune confiance dans le législateur. Dans une autre lettre, il dit que dans la Constitution de 1852 « il fallait oser remettre au gouvernement assisté de son Conseil d'Etat » le vote des lois (3).

La lettre la plus significative est celle adressée à M. de Tholouze qui était Procureur à Périgueux : « Je dois vous signaler franchement la réaction fâcheuse qu'exerce nécessairement sur votre santé morale et physique la fausse position où vous place votre récente élévation officielle. Vos nouveaux devoirs se trouvent en conflit croissant avec vos meilleurs sentiments et même avec vos principales convic-

(1) Duguît : *Le droit social*, p. 8.

(2) Cité par G. Richard, *loc. cit.* p. 317.

(3) *Correspondance inédite d'Auguste Comte*, t. III, p. 119.

tions... La foi métaphysique est trop altérée maintenant pour qu'on puisse ériger en devoir civique le service officiel *des volontés quelconques d'une assemblée vicieuse qui décore du nom de lois ses décisions éphémères* » (1).

Il faut donc conclure que quand Auguste Comte condamne le droit il le fait sans distinction entre le droit subjectif et objectif. Tous les deux sont bannis du système de la philosophie positive. Dans le *Système de politique positive*, Comte veut revenir au positivisme en biffant le droit et en assignant à la vie morale de la société « un déterminisme identique à celui de la nature, ou n'en différant que par une complexité supérieure » (2).

On le voit bien, le positivisme philosophique tel qu'il est conçu par Auguste Comte et continué par Littré et l'Italien Ardigò avec plus ou moins de différences, reste étranger à un système de positivisme juridique entendu en son sens réel, c'est-à-dire un système qui considère le pouvoir temporel représenté par un prince ou par une assemblée législative élue par le peuple, comme le seul créateur du droit. Il est vrai cependant, qu'il existe une dissidence entre la doctrine formulée par Comte et celle de ses continuateurs. Mais cette dissidence reste superficielle. Au fond tous les auteurs qui sont des positivistes philosophiques acceptent la loi des trois états ou une formule équivalente du relativisme historique de la connaissance. De ce fait la conception de droit de toute l'école positiviste peut être étudiée sous le même angle.

Quant à la doctrine de Duguit elle se rapproche un peu du système de Comte. Mais au fond ces deux thèses restent

(1) Lettre écrite le 12 juillet 1850, citée par G. Richard, *loc. cit.* p. 317.

(2) G. Richard, *loc. cit.*, p. 338.

étrangères l'une à l'autre autant qu'elles le sont au positivisme juridique. Duguit, bien qu'il se déclare positiviste et qu'il aille jusqu'à citer comme argument pour sa thèse certains passages de Comte, n'est pas un vrai positiviste.

M. Waline se pose cette question : Peut-on croire au droit naturel lorsqu'on est positiviste en philosophie ? Et il répond : non, car toute conception de droit naturel ne peut qu'être subjective si elle n'est la traduction dans le domaine juridique d'une croyance en une morale révélée — hypothèse exclue par le positivisme philosophique (1). Bien que nous n'acceptons pas que toute conception de droit naturel soit subjective, nous croyons en effet que le positivisme philosophique et le droit naturel sont deux notions inconciliables. Le positivisme a horreur de la métaphysique. D'ailleurs c'est sur ce point que Comte et Duguit semblent se rapprocher (2). A part cela, le positivisme sociologique diffère du positivisme philosophique. Comte repousse toute sorte de droit et se réfère au devoir. Duguit croit à l'existence d'un droit objectif découlant des faits sociaux.

(1) Waline : *loc. cit.* p. 530.

(2) Duguit a fait des raisonnements métaphysiques et a trahi la méthode positiviste.

CHAPITRE II

LE POSITIVISME SOCIOLOGIQUE

Léon Duguit et ses disciples

L'œuvre de Duguit est originale. Il apporte dans le domaine juridique ce que avant lui on a tenté de faire dans le domaine philosophique : il est le premier juriste qui a attiré l'attention sur l'observation des faits.

Dans sa jeunesse il a fait des études de sociologie juridique. A cette époque de sa vie il était entièrement dominé par la philosophie de Spencer. A ce sujet Roger Bonnard dit que Duguit avait adopté « nettement et avec enthousiasme d'abord le positivisme agnostique du philosophe anglais et, en outre, sa théorie de l'organicisme social » (1). De ce fait il voit une similitude entre la biologie et la sociologie. La société est assimilable à un être vivant. Le seul monde connaissable est celui des phénomènes. Toute construction *a priori* est rejetée. Il n'accepte que les vérités dont la démonstration expérimentale est possible. De Spencer, il n'a pas gardé par la suite grand chose. Il a vu dans l'assimilation de la sociologie à la biologie un concept *a priori* et l'a écarté.

L'auteur qui a eu plus d'influence sur Duguit est Durkheim. Sa conception de la solidarité sociale qui en constitua la base de son système juridique vient de Du-

(1) Roger Bonnard : *Duguit, ses œuvres, sa doctrine*. « Revue du droit public et de la science politique » 1929, p. 5.

kheim. D'autre part, il rejeta l'idée de conscience collective qui était cependant chère à Durkheim. Dans cette conception Duguit ne voyait qu'une notion *a priori* dépassant l'expérience. L'expérience et l'observation, disait-il ne nous révèlent que des consciences individuelles (1).

Duguit voulait élever son système juridique sur une base objective. Pour lui la question de la nature et du fondement du droit subjectif est insoluble. Si ce droit est un pouvoir, une qualité de la volonté humaine pour arriver à une solution, il faut aller jusqu'à déterminer la nature de cette volonté. Or « cela, l'homme ne le peut pas et ne le pourra jamais, parce qu'il y a là un élément qui échappe à sa perception et à son observation » (2).

Alors il s'impose, à tout ce qui veut construire un système vraiment scientifique, dépourvu des affirmations *a priori* et des sentiments métaphysiques, la tâche de formuler le problème du droit que du point de vue objectiviste. Désormais les doctrines qui jusqu'alors dominaient exclusivement la science juridique (le droit création de l'Etat, l'Etat limité par les droits individuels) sont bannis.

Dans la conception duguiste il n'y a ni la personnalité ni la souveraineté des Etats. Elles sont toutes les deux rejetées comme étant « le principe d'une action tyrannique et dictatoriale à l'intérieur et d'une politique agressive et conquérante à l'extérieur » (3). Les gouvernants sont des individus soumis eux aussi, comme tous les autres, à des règles de droit. Les actes accomplis par eux sont légitimes autant qu'ils restent conformes aux règles de droit.

(1) Bonnard : *loc. cit.* p. 37.

(2) Duguit : *Traité de droit constitutionnel* 1927, 3^e éd., p. 16.

(3) Duguit : *loc. cit.*, t. 1, p. 733.

D'où naissent ces règles de droit ? Si on se place au point de vue objectiviste, la réponse est facile à donner à cette question qui reste insoluble pour un subjectiviste. L'observation directe nous révèle deux faits que nul ne saurait contester, dit Duguit. L'homme est un être qui vit et qui a toujours vécu en société. Ce n'est pas une affirmation *a priori*, c'est une constatation directe qui saute aux yeux ; l'homme est un être conscient et sociable. Puisqu'il en est ainsi, puisque l'homme ne peut faire autrement que de vivre en société, une loi s'impose à l'homme vivant en société. Cette loi sera de nature à favoriser, à maintenir et à protéger la vie en commun. L'observation des faits et la constitution physiologique et psychologique de l'homme nous révèlent l'existence d'une loi de *solidarité sociale* (1). Les hommes qui ont des besoins communs ne peuvent parvenir à les satisfaire qu'en vivant en société et qu'en s'entr'aidant mutuellement. Le premier élément de la société est donc ce que Durkheim appelait *la solidarité par similitude*. D'autre part, les hommes ont des aptitudes différentes et des besoins divers. La satisfaction de ces derniers est assurée par un échange des services. C'est cette *division du travail* qui constitue la cohésion sociale (2) ; voilà, d'après Duguit, *des réalités, des faits*, que nous connaissons grâce à l'observation directe.

La continuité de la société est assurée par *le sentiment de la socialité* que chaque individu possède en lui. C'est un sentiment qui existe « à un moment donné dans la masse des hommes composant un groupement social considéré, tribu, famille, cité, nation », et qui révèle « que le lien de solidarité qui maintient l'intégration sociale serait brisé si

(1) Duguit, *loc. cit.* p. 66.

(2) Duguit, *loc. cit.* p. 86.

le respect d'une certaine règle économique ou morale n'était pas sanctionné par des voies de droit » (1).

La norme sociale qui s'impose à nous comme une nécessité sociale est une par son fondement, par son caractère général et par son objet. Cependant, la réaction sociale n'est pas la même dans tous les cas. D'après l'intensité de cette réaction on peut distinguer des *normes économiques*, des *normes morales* et des *normes juridiques*. Ces dernières sont ou morales ou économiques; mais toute norme morale ou économique n'est pas nécessairement juridique (2). A un moment donné le *sentiment de la socialité* et le *sentiment de la justice* entrent en action et demandent une sanction pour une norme quelconque. La règle économique ou morale devient alors norme juridique dont le respect s'impose à tous, aux gouvernants en même temps qu'aux gouvernés. La sanction peut ne pas intervenir; cela a peu d'importance. Car « *c'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit* » (3).

Duguit répondant à une critique dirigée contre lui au sujet de la détermination du moment où la masse des esprits acquièrait la conscience qu'une sanction sociale devait être donnée, dit que c'est la mission normale du juriste d'essayer de déterminer ce moment. Ainsi il reconnaît qu'il existe une diversité entre les moyens d'observation des individus et de ce fait, il accepte que cette conscience qui est une « sorte d'intuition plus ou moins trouble dans la plupart des esprits » est plus claire chez certaines personnes, dont il les appelle *les meneurs* ou *les flambeaux* (4).

(1) *Loc. cit.* p. 116-117.

(2) *Loc. cit.* p. 92.

(3) *Loc. cit.* p. 94.

(4) *Loc. cit.* p. 117.

Les règles de droit sont de deux sortes. Tout d'abord il y a des *règles de droit normatives* que Duguit les appelle aussi normes juridiques proprement dites. Ce sont des règles qui imposent « à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action ». L'individu apprend l'existence de cette sorte de règle « par une intuition » qui lui révèle que s'il ne s'y conformait pas, le groupe social tout entier réagirait contre lui.

Il y a d'autres règles de droit dont celles-ci assurent l'exécution des règles de droit normatives. Duguit les nomme les *règles de droit constructives ou techniques*. Ces dernières organisent en effet des mesures, prennent des dispositions, fixent des conséquences, créent des voies de droit pour assurer la sanction de la norme juridique (1).

Jusqu'ici nous avons examiné la doctrine de Duguit dans le plan du droit interne. En ce qui concerne le droit international la conception de Duguit ne subit aucun changement ou modification. Le point de départ est toujours la constatation du fait de la solidarité sociale qui se transforme ici en solidarité inter-sociale. Il y ajoute un autre élément non moins important que le premier : c'est *le besoin pressant de justice*. Sous la pression de ces deux facteurs, « la masse des esprits » comprend que la règle morale ou économique doit être sanctionnée et les violations énergiquement réprimées. C'est, d'après Duguit, cette conception, et seulement elle, qui sera le fondement de la règle inter-étatique (2). Il arrive ainsi à cette définition du droit international : « Le droit inter-social est donc tout simplement l'ensemble des règles qui s'appliquent aux membres de groupes sociaux

(1) *Loc. cit.* p. 106 et 107.

(2) *Loc. cit.* p. 189 et 190.

distincts à raison des liens de solidarité qui unissent entre eux les membres de ces groupes » (1).

La sanction des règles inter-étatiques n'est pas seulement matérielle, mais aussi psychologique. Le fait d'être garanti par une contrainte purement psychologique suffit pour donner à une règle le caractère de droit. Les règles de droit international à l'heure actuelle sont plutôt garanties et sanctionnées par une contrainte morale et psychologique (2).

On le voit bien, qu'il s'agisse du droit interne ou bien du droit international, Duguit construit son système juridique sur un élément extérieur à l'homme, à savoir la solidarité (3). Celle-ci est complétée par le besoin de justice. Si on peut accepter dans une certaine mesure l'objectivité de la solidarité sociale, on ne pourrait cependant contester le caractère purement subjectif du sentiment que Duguit appelle « besoin de justice ». D'ailleurs ce n'est pas le seul point où le fondateur du positivisme sociologique adopte les données qu'il a voulu chasser du domaine de la science juridique. Bien qu'il se déclare positiviste convaincu, n'ayant rien à faire avec la métaphysique et avec les énoncés *a priori*, on le voit souvent tomber dans la contradiction. Nous ne voulons pas entrer ici dans le détail des discussions engagées sur ce point. Nous nous contenterons de voir le système de Duguit tel qu'il est construit par lui-même. C'est pour cela que nous nous sommes borné à l'étude de la doctrine de Duguit dans ses propres ouvrages. A la lumière de cette étude nous pouvons voir maintenant si Duguit est un positiviste philosophique et un positiviste juridique.

(1) *Loc. cit.* p. 724.

(2) *Loc. cit.* p. 716 et 717.

(3) J. Brierly : *Force obligatoire du droit international*. Cours de La Haye, 1928, t. 23, p. 538.

En ce qui concerne le positivisme philosophique nous avons déjà vu sa position devant cette doctrine. Il est vrai en effet que Duguit a été imbu des idées d'Auguste Comte. Il admirait la nouvelle construction philosophique qui prétendait résoudre le problème si difficile et si ardu de la connaissance humaine. Il avait horreur de la métaphysique. Comme Comte il voulait rester dans le domaine des réalités en adoptant la méthode positive qui consiste à se borner à la stricte observation des faits. Tout élément *a priori* était à ses yeux extra-scientifique. La vraie science ne pourrait se baser que sur des données sujettes à une expérience. Dans le domaine de la science sociale, dont le droit fait partie d'après Duguit, le laboratoire c'est la vie de la société qui se déroule sans cesse sous les yeux de l'observateur.

Duguit va jusqu'à tirer directement les raisons de son refus du droit subjectif du Discours préliminaire de Comte. Mais comme nous l'avons vu dans le précédent chapitre, Comte ne refusait pas seulement le droit subjectif, mais tout le droit comme étant « immoral et anarchique ».

Gaston Richard, dans sa très remarquable étude sur le positivisme juridique et la loi des trois états, affirme que l'accord de Duguit avec la philosophie positiviste n'est pas réel et qu'il se ramène à une apparence (1). En effet, Duguit qui déclarait avoir vraiment horreur de la métaphysique n'a pu cependant construire un système tout à fait exempt des considérations métaphysiques. Comme l'a démontré dans son dernier ouvrage M. Louis Le Fur, même son droit objectif reste en réalité un droit subjectif se basant sur les données métaphysiques (2). Puisque le droit objectif est créé et non pas seulement constaté par les hommes, sa subjec-

(1) G. Richard, *loc. cit.* p. 315.

(2) Le Fur : *Les grands problèmes du droit*, 1937, p. 391 et 435.

tivité reste évidente. Le sentiment de la masse des individus ne peut pas être objectif; au contraire il est purement subjectif. Les individus qui possèdent un sentiment de socialité déterminent par une sorte d' « intuition » si il faut considérer telle ou telle règle comme contraire ou conforme au maintien de la solidarité sociale et par là à la sauvegarde de la vie en commun et de la continuité de la société des hommes.

D'autre part Duguit a adopté vers la fin de sa vie l'idée d'un « sentiment de justice » qu'il considérerait comme « un élément permanent de la nature humaine » (1) en plus le fait de reconnaître un rôle de « meneur » à certains individus apporte un nouvel argument à ceux qui disent que Duguit ne put jamais éviter le danger de tomber dans la métaphysique. On a dit que le système de Duguit avait le grand inconvénient de n'avoir pas possédé un jugement de valeur. Or ce critère, bien qu'il ne soit pas clairement formulé, est présent partout dans l'œuvre de Duguit. C'est d'ailleurs cette présence qui nous amène à dire que Duguit ne put jamais être un positiviste philosophique. Il était avant tout un moraliste (2). Tout en voulant limiter son effort de juriste, d'homme de science, à l'observation des faits et à la constatation des réalités sociales, il ne tomba un instant des hauteurs où sa large et fructueuse imagination l'avait placé. Il se disait observateur impartial, juriste objectif. Mais en réalité il nous a transmis les fruits de son imagination, l'appréciation de sa haute moralité. Quand il parle de la solidarité comme d'une loi sociale révélée par l'observation, il nous transfère son propre désir : il veut voir par-

(1) Duguit : *loc. cit.* p. 119.

(2) Waline : *Duguit et Hauriou*. « L'Année politique française et étrangère », 1929, t. IV, p. 388.

tout une solidarité sociale garantie par une contrainte sinon matérielle, mais toujours morale; car si vraiment il avait pu nous montrer ce que seulement l'observation lui avait apporté, il aurait dû nous dire qu'il existait aussi une mauvaise solidarité, qu'il y avait aussi un égoïsme, que la solidarité n'est pas le seul fait naturel. Comme M. Brierly l'a remarqué, la lutte pour l'existence, l'inégalité des forces et de l'habileté sont aussi des faits naturels (1).

Quand il déclare que « par cela seul qu'il y a des sociétés humaines..., il y a des lois sociales » (2) Duguit tombe tout de suite sur un postulat métaphysique, car l'observation directe ne nous révèle que l'existence des sociétés. De là, à affirmer l'existence des lois sociales, il y a une grande distance que l'on ne peut franchir sans passer par la métaphysique. Nous n'avons pas « une expérience intégrale qui nous permette d'affirmer que tous les phénomènes observables sont et resteront soumis à des lois » (3). Donc ne possédant pas un critérium expérimental il ne reste pour un juriste positiviste qu'une seule loi à suivre, celle de se contenter des résultats de l'observation. Duguit en affirmant l'existence des lois sociales s'éloigne de la méthode pourtant si chère à lui et adopte la méthode métaphysique. C'est la vengeance de la métaphysique.

Il y a un autre point sur lequel les attaques les plus vives ont été dirigées par les tenants de l'école métaphysique contre le Doyen de Bordeaux. Ceux-ci demandent en effet à Duguit comment il justifie la force obligatoire de la règle juridique fondée sur la coopération à la solidarité. Dans une lettre adressée au chef de l'école sociologique Michoud

(1) Brierly, *loc. cit.* p. 538.

(2) Duguit, *loc. cit.* p. 66.

(3) Paul Cuche : *Conférences de Philosophie du Droit*, 1928, p. 53..

s'exprime en ces termes : « En vous disant que vous-même vous n'y échappiez pas (au reproche de métaphysique), je faisais allusion à votre théorie de la règle de droit qui très certainement dépasse les données de l'expérience, car celles-ci nous montrent le fait de la solidarité mais nullement l'obligation pour nous d'observer une règle en dérivant plus ou moins directement. Pour démontrer cette obligation, il faudrait démontrer non seulement qu'elle est nécessaire à l'existence et à la prospérité des groupements humains et à l'humanité elle-même, mais encore que nous sommes obligés de travailler à cette existence et à cette prospérité. Est-ce vraiment possible sans recourir à des notions transcendantes ? » (1).

Michoud n'est pas seul à faire ce reproche. François Geny s'étonne du fait de voir une nécessité de fait se traduire en une nécessité de droit. Il faudrait nous démontrer, dit-il, comment ce fait engendre légitimement l'obligation de le maintenir et de le développer. Mais sans recourir à un jugement de valeur cette démonstration restera une des plus difficiles et même impossible. Duguit répond à ces critiques, nous devons l'avouer, en des termes un peu vagues. Voici comment il s'exprime : « Quand je parle d'une norme s'imposant aux hommes et fondée sur le fait social, j'ai en vue une règle qui s'impose à eux en fait, qui ne modifie en aucune façon le caractère de leur être, la substance de leur volonté, qui n'établit point une hiérarchie de volontés » (2).

On peut répondre ici à Duguit avec le même argument que nous avons déjà employé. La solidarité n'est pas le seul fait observable dans la société. Il y en a d'autres qui, eux aussi, n'échappent pas à l'observation. Alors pourquoi cette

(1) Cité par Paul Cuche, *loc. cit.* p. 60.

(2) Duguit, *loc. cit.* p. 18.

préférence, parmi tant de règles, se porte-elle sur la solidarité, pourquoi celle-ci est-elle considérée comme la seule « qui s'impose à eux en fait ». L'existence dans la nature d'une chose implique-t-elle pour nous l'obligation de la respecter jusqu'au bout ? Non certes, si cela n'était pas ainsi, on devrait laisser faire les voleurs, les criminels et les bandits. Duguît le sait bien et c'est pourquoi il porte son choix sur la règle peut-être la plus noble qui est la solidarité sociale et nous dit : « Faites cela, parce que cela est » (1).

Plus on approfondit l'étude de l'œuvre de Duguît, plus on est frappé par son infidélité à la méthode positive. Duguît est loin d'être un positiviste philosophique. Tout en voulant bannir, à l'exemple d'Auguste Comte, la métaphysique du domaine de la science, il s'en sert. Dans la partie critique de son œuvre il a donné coup sur coup aux anciennes notions de droit subjectif, de souveraineté, de personnalité, de puissance publique, en les déclarant comme des notions ayant pour fondement des données métaphysiques et des énoncés *a priori*. Mais quand à son tour il commença à construire son propre système, il fut obligé de se servir de la métaphysique et des données *a priori*. Cela était inévitable. En effet comme l'a très bien remarqué M. Le Fur « Le refus d'admettre toute métaphysique apparaît volontiers à notre époque comme une de ces affirmations aventurées que bien peu de personnes oseraient prendre à leur compte. Il y a un accord quasi-universel des philosophes contemporains pour reconnaître qu'il ne peut exister non pas seulement de science normative, comme la morale ou le droit, mais même de science mathématique, ou physique ou naturelle, sans un minimum de métaphysique. La démonstration en a été faite par M. Emile Meyerson, qui est peut-être le plus grand

(1) F. Géný : *Science et Technique*, t. IV, p. 167.

philosophe des sciences des temps modernes » (1). L'homme qui est à la fois matière et esprit doit être étudié de ce double point de vue. Un système qui omettra l'un restera nécessairement incomplet et inachevé. Duguit évoluait nettement vers une synthèse, vers la fin de sa vie il est plus rapproché de l'école classique que du positivisme.

Nous venons de voir que les systèmes d'Auguste Comte et de Léon Duguit ne se confondent pas. De ce fait, il ne faut pas, comme on le fait souvent, prendre les deux termes l'un pour l'autre.

Il nous reste maintenant à voir si Duguit mérite le titre du fondateur du positivisme juridique. Nombreux sont les auteurs qui lui attribuent cette qualification. La plupart de ses disciples continuent à soutenir ce point de vue. D'autre part, ceux que nous appellerons les vrais positivistes juridiques disent que Duguit ne fut jamais un positiviste. Les uns et les autres nous apportent des arguments qui, au premier abord, semblent être décisifs. Quoi qu'il en soit, une chose reste vraie : c'est qu'il n'y a pas accord entre les juristes sur le point de savoir si Duguit doit être considéré comme un positiviste juridique ou non.

M. Roger Bonnard, dans un article consacré à Léon Duguit soutient la thèse qui voit chez le doyen de Bordeaux un pur positiviste. Il s'est, dit-il, efforcé de traiter les faits juridiques et étatiques uniquement comme des phénomènes observables et d'établir les connaissances exclusivement au moyen de données expérimentales. Un peu plus loin, M. Bonnard affirme que le positivisme de son maître « ne leur (aux juristes qui pensent qu'au delà de l'expérience n'est pas un inconnaissable) barre pas la voie métaphysique ou

(1) Le Fur, *loc. cit.* p. 424 ; voir aussi la préface du livre de M. Del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, Paris, 1936.

critique, mais il les oblige avant de s'y engager à prendre d'abord le même chemin que lui ».

Mais Roger Bonnard affirme d'autre part que Duguit n'a pas pu « complètement réussir à établir une doctrine se présentant, d'une part, comme complètement épurée de tout élément non expérimental et, d'autre part, comme constituée avec les données expérimentales entièrement satisfaisantes parce que tout à fait adéquates à la réalité, cela est peut être possible » (1). Puisque cela est possible, il ne faut pas alors insister à dire que Duguit « est un pur positiviste ». Il vaut mieux de dire que Duguit a voulu être positiviste mais il n'a pas réussi à l'être.

D'ailleurs Roger Bonnard se garde bien de confondre ce qu'il appelle le pur positivisme avec le positivisme juridique. Dans le positivisme juridique, dit-il, le droit objectif créé par l'Etat est l'élément premier. Mais les pouvoirs résultant pour l'individu de ce droit objectif sont considérés comme étant des droits subjectifs (2).

De ce fait Duguit ne peut être considéré comme un positiviste juridique. M. Bonnard lui-même est contre le positivisme juridique. Dans la préface qu'il a donné à Hans Keller, il affirme que la science du droit pour être complète vis-à-vis du droit positif, doit être non seulement une science de systématisation, mais aussi une science de jugement. « La science du droit, dit-il, ne peut pas être une science de jugement si, comme on l'affirme dans un certain positivisme juridique, le caractère de règle de droit est refusé à toute

(1) R. Bonnard : *Léon Duguit - Ses œuvres - Sa doctrine*. « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 1929, t. 46, p. 27.

(2) Roger Bonnard : *loc. cit.* p. 37.

règle qui n'est règle du droit positif » (1). Ainsi en déclarant nécessaire l'existence d'un droit naturel faisant déjà partie de l'ordre juridique, sans qu'il soit rendu préalablement positif, le disciple de Duguit prend place parmi les adversaires du positivisme juridique.

Un autre disciple du doyen de Bordeaux se sépare sur ce point de M. Roger Bonnard. En effet Marc Réglade déclare que Duguit est resté pour toujours un positiviste à la fois philosophique et juridique. Dans son étude intitulée (*Théorie Générale du Droit dans l'Œuvre de Léon Duguit*) (2) il s'exprime en des termes très nets : « Ses conceptions morales, son amour de la justice l'ont confirmé dans cette position qui permet de mieux réaliser la suprématie du droit vis-à-vis de l'Etat, du droit supérieur vis-à-vis de la loi écrite, et il ne cesse pas pour cela, nous le verrons, d'être positiviste aussi bien au point de vue juridique qu'au point de vue philosophique car pour lui, la règle de droit supérieure est déjà du droit positif, du droit devant être sanctionné par la contrainte sociale ». Comme on le voit, M. Réglade nous entraîne à un autre domaine que nous nous trouvons placés. Il voit un élargissement de la notion du droit positif dans la conception duguiste. Toute règle ayant mis en action la masse des consciences individuelles entre dans la dénomination du droit positif. Mais si nous pouvons admettre avec M. Réglade la positivité de la règle de droit supérieur, nous n'en pouvons faire autant pour son objectivité. Une règle de droit qui prend naissance dans l'ensemble des consciences individuelles cesse d'être objectif et devient purement et simplement subjective. De ce fait, même avec cette nouvelle

(1) Hans Keller : *Droit naturel et droit positif en droit international public*. Thèse Bordeaux, 1931, préface IV.

(2) Archives de philosophie du droit, 1932, N° 1-2, p. 22.

conception du droit positif, nous ne saisissons pas comment Duguit peut être considéré un positiviste philosophique. D'autre part le positivisme juridique n'admet pas qu'une règle de droit non sanctionnée et non édictée par l'autorité étatique soit du droit positif.

Ce monisme qui nie la distinction traditionnelle entre droit naturel et droit positif éloignera tous ceux qui l'adopteront de la réalité. M. Le Fur critique cette manière d'interprétation du droit positif. Si tout droit est nécessairement positif comment distinguer alors le fait et le droit, la raison et la force. « Le droit positif, dit M. Le Fur, au sens ou ce terme est presque universellement pris c'est le droit effectif, le droit en vigueur sur un territoire déterminé; il faut nécessairement ou bien reconnaître qu'il peut y avoir un droit naturel ou rationnel préférable à telle loi détestable, dahoméenne, mexicaine ou soviétique, appliquée effectivement grâce à la contrainte du pouvoir, ou bien, comme le font certains, dire que ce droit positif n'est pas du droit, mais alors que sera cette loi appliquée par hypothèse et qui n'est pas du droit ? Il y a là une façon de parler évidemment contraire à la langue technique aussi bien qu'à la langue courante » (1). Il ne faut pas donc vouloir détourner la signification des mots, mais la laisser telle qu'elle est, et voir les choses comme tout le monde les voit.

M. Réglade qui est un disciple infidèle de Léon Duguit adopte ce point de vue et dit que dans la conception courante on entend par droit positif les lois, les traités, les coutumes. Ce droit, d'après lui, ne porte pas en lui-même la raison suffisante de sa valeur. Quand les purs juristes positivistes

(1) Le Fur, *loc. cit.* p. 426.

enseignent le contraire, ils se trompent : car les faits démentent leur opinion (1).

Le droit positif n'est pas le seul applicable, et s'il est toujours soumis à la critique de la raison pour le compléter, le corriger ou le suppléer, c'est qu'il ne puise pas sa valeur en lui-même, mais dans ce droit découvert par la raison, et dont il n'est qu'une manifestation, c'est-à-dire dans ce droit que tout le monde appelle droit naturel.

L'infidélité de M. Réglade devient beaucoup plus profonde quand il dit que contrairement à ce que disait Duguit, ce n'est pas la grande masse des consciences individuelles qui crée le droit objectif supérieur au droit positif. D'après lui « le nombre ne peut pas créer le droit », il ne peut être qu'un mode de constatation, de connaissance du droit naturel.

Nous voilà bien éloignés à la fois du positivisme philosophique, sociologique et juridique. Mais il ne faut pas s'y tromper. Car nous en sommes sûrs, Duguit, malgré l'apparence, malgré ses affirmations répétées, portait déjà en lui les germes de cette évolution que nous venons de constater chez ses disciples.

L'un des plus éminents internationalistes de notre époque, disciple lui-aussi de Duguit, M. Nicolas Politis soutient le point de vue que nous venons d'exposer. Il affirme en effet que son maître n'était pas si loin qu'on le pense de la conception de l'école du droit naturel. Après avoir répondu à la critique faite au sujet de la notion de la solidarité par M. Le Fur, il conclut en des termes très nets qui ne permettent la naissance d'aucune équivoque : « Je puis donc dire,

(1) Marc Réglade : Rapport présenté à la session de l'année 1934-35 de l'Institut International de Philosophie du Droit et de la sociologie juridique : annuaire 1934, p. 104-108.

et c'est le meilleur hommage que je puisse rendre à la mémoire de mon cher et regretté Maître Duguit, que la conception qu'il m'a inspirée du droit international rejoint les très hautes et très nobles aspirations des théoriciens du nouveau droit naturel, mais pour leur donner à la fois plus de vigueur et plus de précision » (1).

Nous venons de constater qu'il n'existe pas une entente sur le point de savoir si Léon Duguit est positiviste ou non, même entre ses disciples. Certains déclarent qu'il est un positiviste pur, mais ils ajoutent immédiatement qu'il acceptait aussi l'existence d'une règle supérieure à la volonté étatique, c'est-à-dire au droit positif. La contradiction saute aux yeux. On ne peut pas être à la fois positiviste et partisan d'un droit s'imposant à la volonté créatrice du droit positif. Les vrais positivistes juridiques ne font pas faute de remarquer ce fait. Ils refusent le titre de positiviste au fondateur du positivisme sociologique. L'un d'eux, M. Waline se demande si Duguit était vraiment positiviste. Et il répond à sa propre question en disant qu'il faut prendre le contre pied exact de ce que Duguit a prétendu être. Le positivisme juridique conduit directement à ce qu'on pourrait appeler la « déification juridique » du législateur. Or, la pensée de Duguit ne peut absolument pas admettre que le législateur puisse être le créateur de tous les éléments du droit objectif, et souverain juge du bien et du mal. De ce fait, et parce qu'il était passionné de justice, il est revenu, malgré lui, et tout en s'en défendant, au droit naturel. Et de l'exemple de Duguit, M. Waline tire cette leçon : « son exemple nous montre — et c'est là un enseignement précieux — ou bien que le droit n'est qu'une technique, telle

(1) Nicolas Politis : *Duguit et le droit international*, Archives 1932, Nos 1-2, pages 77-81.

que l'entendent les positivistes, ou bien que, s'il y a une règle de droit supérieure à la loi positive, elle ne peut être connue par l'esprit humain livré à ses seules ressources : de sorte que la tâche du juriste qui veut établir un droit supérieur aux contingences politiques doit logiquement s'achever en un acte de foi, en une morale révélée » (1).

Nous sommes parfaitement d'accord sur ce point avec M. Waline : Duguit s'est élevé au dessus du positivisme, qui nous propose l'acceptation comme étant de droit de tous les résultats de la volonté arbitraire de l'autorité législative, grâce à son acte de foi et à sa très haute morale révélée.

Cependant comme nous l'avons déjà remarqué et répété, on trouve des auteurs qu'insistent de dire que Duguit fut « le fondateur du positivisme juridique ». Notamment c'est le cas de M. Paul Cuche, qui dans ses Conférences de Philosophie du droit, se place exclusivement à ce point de vue.

La première de ces conférences porte le titre de « mirage du droit naturel » ; la seconde intitulée « les postulats métaphysiques du positivisme juridique » s'occupe presque exclusivement de la doctrine de Léon Duguit. L'auteur nous donne tout d'abord une définition du positivisme juridique. Celle-ci s'éloigne complètement ce qu'en général on entend par positivisme juridique. Il dit en effet, que cette doctrine s'apparente à celles qui tendent à soustraire l'élaboration du droit positif à l'arbitraire du législateur (2). Or, jusqu'ici, nous avons vu que tous les auteurs comprennent autrement que M. Cuche la portée du terme positivisme juridique. Le courant général est dans le sens de voir dans cette école une apparentée totale, sinon une identité complète, avec celle

(1) Waline : *loc. cit.* p. 388-400 ; voir aussi Waline : *Manuel élémentaire du droit administratif* 1936, p. 178.

(2) P. Cuche : *loc. cit.* p. 45.

que l'on appelle l'Ecole des volontaristes. Nous nous reporterons aux témoignages de François Géný, dont l'autorité fait foi en la matière, pour combattre la qualification proposée par Cuche. « Il importe de ne pas confondre le positivisme juridique consistant à n'admettre de droit que sous la forme positive, avec le positivisme philosophique,... *Léon Duguit positiviste réaliste déclaré en philosophie, ne s'est jamais posé comme positiviste du droit* » (1).

Il serait donc plus juste, et conforme au langage courant de dire que Duguit n'est pas le « plus illustre représentant, du positivisme juridique », mais du positivisme sociologique, dont lui-même fut le fondateur.

Maintenant que nous connaissons les idées des juristes sur la doctrine de Duguit, examinons la position que celui-ci a prise devant les théories qui font découler le droit de la volonté créatrice du législateur.

Aux yeux de Duguit, la loi positive est un document pour le juriste, une limite pour le juge et l'administrateur. Le juriste n'est pas tenu d'accepter une loi comme étant de droit parce qu'elle est une loi. La tâche qui incombe aux juristes est l'examen attentif, impartial du texte édicté par le législateur et de voir si celui-ci renferme vraiment des règles de droit déjà existantes. Après cet examen, fait dans une entière indépendance, le juriste doit transmettre les conclusions qu'il a pu tirer de son étude.

Duguit condamne le positivisme juridique en des termes très pathétiques : « Je ne saurai trop contester, dit-il, contre la tendance qui compte encore en France un certain nombre de représentants et qui est défendue par la grande majorité des juristes allemands, tendance d'après laquelle toute

(1) F. Géný : *La doctrine de droit en France*. Archives, 1931, Nos 1-2, page 26, note 1.

disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire ». Peut-on encore insister à dire que Léon Duguit fut un positiviste juridique ? Il est un des plus grands adversaires de ladite doctrine. Il ne l'aime pas, il la déteste. Dans ces conditions vouloir voir en Duguit un tenant fervent, un illustre représentant de cette école, cela serait forcer la réalité. Si pour les positivistes juridiques le droit n'est que l'ensemble des règles créées et voulues par l'autorité compétentes du moment, Duguit n'est pas et ne peut être un positiviste de droit.

Il nous affirme en disant « *s'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'efforts; elle est un pur travail de manœuvre* » (1). Un juriste ne doit jamais se contenter du rôle de manœuvre. Quant il est en présence d'une loi il doit savoir que celle-ci n'a d'autre valeur que d'être un document, il est vrai, d'un document qui est précieux pour lui. L'Etat, le législateur n'est pas un créateur de lois. L'Etat n'est pas une puissance qui commande mais un groupe qui travaille. Il n'y a que les gouvernants et les gouvernés et chacun d'eux a des devoirs à remplir, des services à rendre. Le devoir de l'Etat est d'assurer la collaboration commune. Pour arriver à cette fin il a la tâche de constater les normes juridiques déjà existantes dans la masse des consciences individuelles (2).

La puissance publique qui s'extériorise au moyen de la force ne crée pas de règles sociales. « *La force ne crée jamais le droit* ». Elle est légitime dans le cas où on l'emploie pour garantir le respect des normes sociales (3).

(1) Duguit : *loc. cit.* p. 175.

(2) Duguit : *loc. cit.*, préface, p. IX.

(3) Duguit : *loc. cit.*, p. 93.

Le regretté doyen de Bordeaux n'en est pas moins hostile aux théories allemandes d'auto-limitation et de *Vereinbarungen*. Les doctrines soutenues par Ihering et Jellinek ne sont pas admissibles pour lui. Car « *une limitation volontaire n'est pas une limitation* ». L'Etat qui est libre de se lier ou non déclarera, au moment opportun pour lui, qu'il ne veut plus limiter son propre pouvoir, et du coup il se déliera de tout engagement. Dans ce cas on n'aura pas un argument juridique valable à lui opposer, puisque c'est toujours la même autorité qui prend les deux décisions, à savoir la promesse d'engagement et la volonté de s'en dégager.

La théorie de *Vereinbarungen*, expliquée et soutenue par un autre juriste, allemand lui aussi, veut remédier à cette insuffisance de la théorie d'auto-limitation proprement dite. Triepel soutient en effet que « *Vereinbarungen* consiste en déclarations concordantes de volonté de plusieurs personnes » (1).

La règle établie n'est pas le résultat de la volonté d'un seul Etat, mais l'ensemble des volontés de deux ou de plusieurs Etats. De ce fait il sera impossible de se délier ou de passer outre par une volonté unilatérale.

On n'a pas eu grande peine pour démontrer qu'au fond l'auto-limitation et la théorie de Triepel découlaient de la même source : la volonté des Etats. Duguit les rejette toutes les deux à la fois, et affirme de nouveau que si le droit international public n'a d'autre fondement que l'adhésion volontaire des Etats, ce n'est pas un véritable droit, et il ajoute qu'« une règle qui n'existe que par ceux qui la créent et qui s'y soumettent volontairement n'est pas une règle de droit si elle ne se rattache pas à une règle antérieure impé-

(1) H. Triepel : *Droit international et droit interne*, Paris 1920, page 51.

native par elle-même pour ceux qui sont parties à la convention » (1).

Donc ni le positivisme des auteurs français, ni le volontarisme des juristes allemands ne trouvent auprès de Duguit un accueil favorable. Au contraire, Duguit ne cesse d'affirmer que pareilles doctrines sont inadmissibles pour lui et que son propre système loin d'avoir une apparenté quelconque avec ces dernières, s'oppose catégoriquement à elles. Dans la troisième édition de son *Traité de droit constitutionnel* publié avant sa mort, il maintient son point de vue et se hâte de donner la conclusion définitive de sa longue et fructueuse vie de juriste :

« Plus j'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que *le droit n'est pas une création de l'Etat, qu'il existe en dehors de l'Etat*, que la notion de droit est tout à fait indépendante de la notion d'Etat et que *la règle de droit s'impose à l'Etat comme elle s'impose aux individus* » (2).

Un auteur qui dit avec insistance « la règle de droit s'impose à l'Etat » ne doit pas être présenté parmi les juristes positivistes. C'est pourquoi nous avons tenu à étudier longuement la doctrine d'un homme, qui lui même se prétendait être, à tort certainement, positiviste en tant que philosophe.

Cet examen approfondi nous a révélé d'une part que Duguit, malgré son désir et sa préparation n'a pas pu rester fidèle à la méthode positive et fut obligé de recourir constamment au postulats métaphysiques qui a combattu quand il les a cru retrouver chez les autres. Et que d'autre part, dans

(1) Duguit : *loc. cite* p. 723.

(2) Duguit : *loc. cit.*, p. 104.

le domaine strictement juridique il se situa aux antipodes du point de vue soutenu par le positivisme juridique.

A la lumière de ces indications, nous dirons, avec M. Le Fur, que le fondateur du positivisme sociologique évoluait constamment vers une conception de droit naturel. La solidarité sociale complétée par le sentiment de justice, un droit supérieur et antérieur à la volonté étatique, tels furent les matériaux du grand juriste de Bordeaux. Avec ces éléments il n'était pas difficile, au contraire, il était peut être plus logique, de construire un système de droit s'inspirant de la doctrine traditionnelle qui nous est transmise depuis Aristote et Saint Thomas comme un legs précieux de l'esprit de la collaboration internationale et des sentiments d'humanité. Pour arriver à cette fin quelques rectifications apportées sur le critère qui permet un jugement de valeur, à savoir sur le sentiment de justice, auraient été suffisantes. Si la justice, qui est malheureusement attachée chez Duguit à un principe subjectif qui menace d'être arbitraire, avait été placée hors des sentiments individuels un grand pas dans le sens que nous venons d'indiquer aurait été marqué.

Quoi que ce soit, la grande supériorité de Duguit « sur tant de juristes du siècle dernier... c'est qu'il a toujours lutté contre le formalisme ou positivisme juridique proprement dit qui assimile le droit et la volonté » (1) d'une autorité qui ne sait pas toujours se contenter du rôle d'interprétratrice des exigences de la nature et de la raison humaine.

*
**

Parmi les disciples de Duguit, il y en a un qui mérite d'attirer notre attention de double point de vue : 1° tout en conservant le principe essentiel de la doctrine de son maître

(1) Le Fur : *loc. cit.* page 435.

tre, il y apporte une certaine originalité; 2° il s'occupe surtout du droit international.

Dans son ouvrage encore inachevé (1), M. Georges Scelle expose ses idées sur le fondement du droit en général, sur le droit international public et sur les questions qui intéressent particulièrement cette dernière branche du droit.

Il commence tout d'abord par critiquer le terme de Droit international. Ce terme, dit-il, est inexact; car les Nations jouent un rôle secondaire dans les rapports juridiques qui font l'objet de cette branche du droit. De ce fait, bien qu'il parait archaïque à certains, l'expression droit des gens serait mieux appropriée pour la besogne.

La base de la doctrine de M. Scelle est la même que celle de Duguit. La solidarité commande et détermine tout. D'après notre auteur, « il n'y a pas comme on le croit souvent, plusieurs sources du droit, mais une seule : *le fait social lui-même ou la solidarité* ». (2) Le droit n'est ni la politique, ni la morale. Pour rester objectif, il faut rejeter tout idéal extra-juridique, toute croyance, tout sentiment en dehors de la science. Le seul idéal acceptable pour le droit c'est son but : *l'établissement de la paix entre les hommes*.

Les internationalistes font fausse route quand ils se perdent dans des interminables discussions sur les notions de personnalité juridique et de souveraineté de l'Etat. M. Scelle est convaincu que « ces concepts sont démentis par l'observation des faits » et même sont « incompatibles avec toute logique juridique (3). La notion de *personnalité* coïncide avec

(1) G. Scelle : *Précis de droit des gens, principe et systématique* ; il a publié seulement les deux premières parties : 1° : *Introduction, le milieu social* ; 2° : *Droit constitutionnel international*...

(2) Scelle : *loc. cit.*, p. 6.

(3) Scelle : *loc. cit.*, Préface IX.

l'individu doué de volonté. Quand le droit positif admet qu'il y a des personnes juridiques ou des personnes morales là où il n'y a pas de volonté personnelle s'éloigne de la réalité. Car on n'a jamais pu démontrer « l'existence réelle du cerveau ou des organes » d'une collectivité. Celle-ci pour être sujet de droit doit posséder une volonté personnelle détenue par un support corporel. Quand on parle de la volonté d'une société, il ne s'agit que celle des représentants. D'autre part on commet la même erreur en attribuant une réalité juridique à la collectivité. La décision du législateur ne peut attribuer « un acte de volonté à un être autre que celui qui l'a émis ». Ce sont des fictions dangereuses qu'il faut éviter.

Il en est de même pour la notion de *souveraineté*. Qu'est-ce qu'on entend par cette expression ? C'est un pouvoir qui permet, à celui qui le possède, de *faire tout ce qu'il veut*. Or, dans une société un tel pouvoir absolu n'existe pas. L'observation des faits nous révèle une chose, c'est que le pouvoir humain est toujours limité par les résistances du milieu.

Le seul souverain concevable est le droit objectif. Dès lors tout sujet de droit qui se déclare posséder un pouvoir absolu agit contre l'exigence du droit. Si on accepte un instant avec la doctrine traditionnelle comme souverain l'individu qui possède le pouvoir de décerner et d'attribuer les compétences, y compris la sienne propre, on se heurterait de nouveau à la notion de droit. Car, dit M. Scelle, la détermination des compétences est elle-même une fonction sociale qui ne peut être exercée que conformément au droit objectif.

D'ailleurs dans une société interétatique, la notion du pouvoir absolu est inconcevable. Parce que là aussi les exigences de la règle générale de la solidarité amèneront nécessairement les gouvernants à s'incliner et à s'y conformer.

Il faut donc, d'après M. Scelle, laisser de côté ces notions « improbables et indémontrables » et partir de l'« observation des faits » (1) pour arriver à une construction vraiment scientifique d'un système juridique.

Or, on sait depuis Aristote que l'homme est un animal politique. L'état social est pour l'homme l'état de nature. C'est seulement dans la société politique que l'homme peut développer ses facultés et satisfaire ses besoins. Ainsi apparaît à l'évidence l'existence d'une solidarité qui « n'est voulue qu'après avoir été subie ». Ici l'auteur reprenant la division de Durkheim, qui est comme nous l'avons pu constater déjà utilisée par Duguit, fait une distinction entre la solidarité par similitude et la solidarité par division du travail. Nous n'insisterons pas sur ces expressions dont la signification est connue par tout le monde.

De ces deux sortes de solidarité naît un équilibre qui permet le maintien de la vie en commun (2). Mais pour que cet équilibre ne soit pas rompu, l'existence des contraintes a une importance de premier ordre. Les contraintes « sont l'effet des lois naturelles auxquelles chacun des membres du groupe est tenu de se plier, sous peine de compromettre l'efficacité et l'existence même du lien social, c'est-à-dire l'existence du groupe et la sienne propre. *Toutes les contraintes sociales sont donc originellement d'ordre biologique*, puisqu'elles conditionnent à la fois la cohésion du groupe et la vie de l'individu. *Le droit qui englobe primitivement toutes ces contraintes est donc lui aussi d'origine biologique*. C'est le point de départ qu'il ne faudra jamais perdre de vue » (3). Pour préciser ses idées sur l'origine

(1) G. Scelle : *Loc. cit.*, p. 9-13.

(2) G. Scelle : *Règles Générales du Droit de la Paix* ; C. de La Haye 1934, tome 46, page 339.

(3) G. Scelle : *Précis*, page 3.

biologique du droit, M. Scelle prend un exemple. Dans une horde primitive qui se nourrit du gibier, l'évolution du temps, le passage d'une saison à une autre jouent une grande influence dans la vie de cette petite société. Quand le mauvais temps arrive, les animaux de chasse se déplacent sous la poussée de leur instinct ou de la nécessité de trouver des vivres.

La horde qui n'a d'autre nourriture que ces animaux, sera obligée de prendre le même chemin. Si elle ne le fait pas, si elle reste là où elle se trouve, elle risquerait de mourir de faim. Voilà une contrainte qui est purement biologique. Les anciens de la horde, instruits par l'expérience, avertiront les autres et à l'approche de la mauvaise saison, les préparatifs du départ commenceront. Au moment propice, toujours sous l'ordre ou les conseils des anciens, toute la horde prendra le chemin de l'émigration. Ainsi, « le droit est né : sa source est dans la nécessité biologique ; la conscience de cette nécessité en fait une *règle normative*, c'est-à-dire un impératif. Nous pouvons le définir : un impératif social traduisant une nécessité née de la solidarité naturelle. C'est en ce sens qu'on peut dire que le droit lui-même est naturel ». (1)

Voilà la doctrine biologique de M. Scelle. Désormais il faut prendre garde à ne pas faire une distinction entre la *société de fait* et la *société de droit*. Car « toute société de fait est en même temps une société d droit ». Là où il y a société, il y a droit : *Ubi socitas ibi jus* disaient les romains. L'existence d'une société dépend de l'observation de certaines règles de vie commune. Du moment qu'elle existe, la société est déjà pourvue d'un système juridique. C'est la société qui crée le droit, et la réciproque n'est pas vraie.

(1) G. Scelle : *loc. cit.*, t. I, p. 3.

Car malgré l'existence d'une réglementation légale extrêmement touffue partout où « une sorte de résidu ou de potentiel de sociabilité » ne subsiste pas, il n'y a pas de société.

La doctrine de M. Scelle, bien qu'elle apporte de nouvelles précisions qui manquaient dans celle de Duguit, est critiquée par les auteurs comme étant un système n'ayant pas de base solide. On a dit que la solidarité n'était pas le seul fait observable dans la société. L'existence d'autres règles et d'autres principes a été dénoncée par maints juristes. On peut de même objecter à M. Scelle que cette règle qu'il considère biologique, et de ce fait indiscutable, est insuffisante pour être un élément solide du droit. Dans son exemple que nous avons rapporté ici, il nous cite le cas d'une horde primitive. Mais à l'heure actuelle, la vie de la société moderne est beaucoup plus compliquée. Surtout dans le domaine des relations internationales, il n'y a pas un support plus dangereux que la biologie. Car nombreux ceux qui affirment que la loi biologique est toute autre que la solidarité. Les biologistes eux-mêmes disent que « la loi du plus fort est la seule loi biologique (1). Quand Hobbes disait : l'homme est un loup pour l'homme, il ne s'appuyait pas moins sur la vérité biologique, puisque sa loi de « nature » n'est autre chose que le droit « d'employer son propre courage comme il le veut lui-même, pour la préservation de sa propre nature » (2). Donc l'égoïsme aussi est une loi de nature. Entre ces deux constatations de pur fait, M. Scelle fait un choix et s'appuie sur la solidarité. Ce choix même, constitue un premier pas vers un jugement de valeur qui

(1) Voir Le Fur : *Droit International de la Paix*, C. de La Haye 1935, t. 54, p. 96.

(2) Brierly : *Force obligatoire du Droit International*, C. de La Haye 1928, t. 23, p. 495.

doit être par définition incompatible avec une théorie qui veut se contenter de l'observation des faits matériels. Mais ce pas n'est pas suffisant pour arriver à une idée de droit, puisque il y a, comme l'a constaté Le Fur, une bonne et mauvaise solidarité (1). Alors un nouveau choix s'impose entre la première et la seconde de ces deux notions. Ainsi petit à petit, à mesure qu'on continue à approfondir le problème de fondement du droit, la biologie cesse de répondre aux multiples questions que ce genre d'étude soulève toujours. Cela est tout naturel puisque la biologie est une science d'observation et non pas normative. Une science physico-naturelle ne s'occupe pas de poser des règles; elle constate ce qui est.

Quand on se trouve en présence d'un système juridique qui parle trop « des nécessités », de l'observation des faits, de la loi de « nature », on a tout de suite l'impression qu'on aboutira bientôt par déclarer que c'est la force qui crée le droit. Il faut l'avouer sans hésitation qu'avec M. Scelle, pareilles craintes sont inutiles et déplacées. Car il affirme constamment que le droit n'a pas pour source la force ou la volonté dominante. Sa position devant les théories volontaristes, devant ce que nous appellerons le positivisme juridique est nette. Il condamne les juristes qui ne font pas leur devoir en s'inclinant devant les contingences, et en donnant comme droit objectif les pratiques contradictoires à la règle de droit. Ces gens là « consciemment ou non, deviennent complices des apologistes de la force. Et le Faustrecht est la négation du droit. » (2).

Le droit positif est constitué par l'ensemble des règles sociales en vigueur à un moment donné, dans une société

(1) Le Fur : *Loc. cit.*, p. 97.

(2) Georges Scelle : *Loc. cit.*, préface, page X.

donnée. Ce droit n'est pas nécessairement objectif. Il peut être dans certains cas un droit anti-juridique. Notamment dans des circonstances où les détenteurs de la force placent leur propre intérêt au dessus de ceux de la collectivité; « ce phénomène est parfois inconscient, mais il est extrêmement fréquent » (1). Mais cet état de choses qui signifierait le règne de l'arbitraire amènera un jour des ruptures de solidarité qui se traduiront par des révolutions.

En face de la théorie de l'auto-limitation, M. Scelle, affirme que celle-là est aujourd'hui généralement réfutée et que son acceptation détruira le droit international. Le « droit public externe » de Jellinek n'est qu'un droit pour l'Etat qui l'a établi. Un certain nombre d'Etats peuvent établir des règles de droit concordantes. Mais ce sera une série de systèmes juridiques externes, non un ordre juridique objectif de droit des gens.

La théorie de Triepel qui fait baser les normes juridiques interétatiques sur la volonté commune (*gemeinwille*), n'est non plus acceptable. Car Triepel déclare que le fondement du droit est méta-juridique, et au-dessus de toute norme il faut placer un « principe » qui lui confère la force obligatoire. Pour M. Scelle, « c'est une sorte d'abdication », il ne peut pas l'accepter.

Un autre système, celui de M. Anzilotti n'obtient nullement l'adhésion de M. Scelle. A la base du système proposé par l'auteur italien se trouve le principe *Pacta sunt Servanda*. Cette norme a son origine et son fondement dans la morale et dans la politique, une démonstration juridique directe est impossible. Le respect de la parole donnée implique l'idée d'un accord entre égaux. Anzilotti parle de la réception des normes extérieures dans le droit interne. « C'est

(1) Georges Scelle : *loc. cit.*, page 5.

d'après M. Scelle, dire que l'Etat n'accepte du droit international que ce qu'il lui plait, et qu'il peut y avoir contradiction entre le système juridique interne et l'international ». Or, pour l'éminent professeur, cette théorie n'est pas bien fondée. Le propre système de M. Scelle est *moniste*. Il n'y a pas de droit international ayant une base et un fondement différents de ceux du droit interne. Le droit est un. Il y a une seule source de droit : la solidarité. Le *dualisme* de M. Anzilotti n'est pas conforme à la réalité des choses (1). L'observation nous révèle un milieu inter-social. Les collectivités, des plus petites aux plus grandes, sont superposées l'une sur l'autre. Ce qu'en langage courant prend la dénomination d'Etat n'est qu'une société supérieure à celles qui sont plus petites que lui. Par contre l'Etat est une communauté inférieure à la Société interétatique. Chaque société possède un ordre juridique propre à elle. Tout ordre juridique superposé conditionne nécessairement les ordres juridiques sous-jacents. Les normes juridiques de la collectivité inférieure doivent se conformer à celles de la société qui la superpose, dans le cas contraire la solidarité en souffrirait et les bases mêmes de la communauté toute entière seraient menacées.

Le droit international qui constitue l'ordre juridique d'une communauté intersociale supérieure aux autres collectivités prime le droit interne (2).

On voit bien qu'il n'y a aucun rapport, du moins en principe et en ce qui concerne son fondement, entre le droit des gens conçu par M. Scelle et le système de droit proposé par le positivisme juridique de toute nuance. Il faut donc prendre

(1) G. Scelle : *Loc. cit.*, p. 39.

(2) Georges Scelle : *loc. cit.*, tome 2, page 6 ; G. Scelle : *Théorie et pratique de la fonction exécutive en Droit International*, C. de La Haye 1936, t. 55, p. 96.

soin de ne pas confondre le positivisme sociologique de Scelle avec le positivisme juridique.

Il y a un point qui nous a paru utile de le signaler : Duguit n'aime pas le terme du droit naturel. Il le condamne à chaque occasion. D'ailleurs quand il parle du droit naturel il a en vue la doctrine du droit de nature du XVIII^e siècle. Le droit naturel traditionnel, le droit rationnel et objectif comme on dit aujourd'hui, lui est inconnu. Dans son livre, intitulé : *Le droit social*, Duguit expose ses idées sur le droit naturel en ces termes « ... quelle différence profonde sépare ma conception d'un règle sociale que j'appelle règle de droit de l'ancienne conception du droit naturel. La doctrine traditionnelle du droit naturel repose sur la reconnaissance à tout individu humain de certains droits qui lui appartiendraient naturellement à cause de sa qualité d'homme, à cause, suivant l'expression du regretté Henry Michel, de l'éminente dignité de la personne humaine. Ces droits je les repousse énergiquement parce que ce sont des pensées métaphysiques *à priori* qui ne peuvent servir de fondement à un système politique positif » (1).

Nous ne rencontrons pas cette incompréhension de la vraie notion du droit naturel chez M. Scelle. Il n'a pas cette phobie du mot de Droit naturel. Il en parle à maintes reprises. Mais pour lui ce droit n'est pas « un droit idéal provenant d'une induction générale de conscience ». Le droit naturel de M. Scelle est un ensemble normatif qui possède en soi-même sa force obligatoire. Les normes de ce droit sont déduites « dans chaque cas particulier, des conditions de vie propres à la société que ces normes doivent régir » (2). Le fondement intangible de tout droit se trouve dans la *nécessité sociale*.

(1) Duguit : *Le Droit Social*, page 8.

(2) Georges Scelle : *loc. cit.*, page 5.

et dans *l'utilité sociale*. Ce ne sont pas d'autre part seulement les conditions matérielles qui déterminent ce fondement, mais aussi les besoins d'ordre psychologiques et morales s'ajoutent aux besoins d'ordre physique; car tous sont inhérents à la nature humaine. Ainsi dans la signification toute particulière que le professeur Scelle attribue au droit naturel, celui-ci se trouve amené sur une base biologique.

Avec ces notions de « besoins psychologiques » d'« exigences morales de justice » nous nous trouvons de plus en plus rapprochés de la doctrine traditionnelle du droit naturel. Bien que la conception que se font Duguit, Scelle et les autres disciples du maître incontesté du positivisme sociologique, du droit naturel diffère beaucoup de celle de l'Ecole de droit objectif et rationnel, ces deux tendances se rapprochent dans les conclusions respectives. De ce fait il y aura une grande injustice et une grande erreur dans le cas où on placera l'école de Duguit sous la même égide que le positivisme juridique. A notre sens ces deux écoles sont diamétralement opposées l'une à l'autre. Une doctrine qui ne voit de droit que seulement dans les règles édictées par les autorités et appliquées par les Tribunaux n'a rien de commun avec le positivisme sociologique.

Dans le domaine des relations internationales, ceux qui font découler le droit de la volonté expresse ou tacite des Etats, ceux qui ne citent que les traités et la coutume comme sources du droit international sont les véritables positivistes juridiques. Mais les partisans d'une Ecole qui crie à haute voix que « l'Etat ne crée pas le droit », que « le droit s'impose à tous, aux gouvernants et aux gouvernés » et que « le droit est antérieur et supérieur à l'Etat » ne peuvent pas être volontaristes ou formalistes. Si parfois ceux-ci se réclament du positivisme ils commettent une erreur. Dans ce cas

ces juristes qui affirment que seules les réalités observables retiennent leurs attentions, risquent de ne pas voir la plus éclatante des réalités.

Comme nous l'avons dit en commençant notre étude, malgré ces arguments décisifs, beaucoup d'auteurs n'attachent pas une grande importance à la terminologie et citent constamment les doctrines les plus opposées en de mêmes termes. Et de là naissent des confusions regrettables.

Dans des pages qui vont suivre ces lignes, nous nous efforcerons de faire un exposé de la théorie positiviste de droit. D'ores et déjà notre tâche se trouve être simplifiée.

CHAPITRE III

LE POSITIVISME JURIDIQUE

Maintenant que nous avons vu le positivisme philosophique et le positivisme sociologique, il serait pour nous très facile de préciser la signification du terme positivisme juridique. Les deux autres branches de la doctrine positiviste doivent être rejetées en dehors du domaine que nous voulons entreprendre l'étude. Quand nous employons le terme de positivisme juridique, nous pensons à une doctrine tout à fait spéciale. On peut rassembler en deux principes fondamentaux les éléments propres à cette théorie :

1° Rejet de l'idée de droit naturel.

2° Manque d'un jugement de valeur.

Ces deux caractères sont *suffisants et indispensables* pour déterminer si on se trouve en présence d'une doctrine que l'on pourrait nommer ou non de positivisme juridique. Si l'un de ces éléments y manque la théorie ne doit pas être qualifiée positiviste juridique. Par exemple un système qui admet l'existence d'un droit supérieur à la volonté étatique ou interétatique (droit naturel) ne doit pas être placé dans le même cadre qu'avec un système qui prétend que le droit positif se suffit à lui-même et qu'il faut l'accepter tel qu'il est (manque de jugement de valeur).

Le positivisme sociologique de Duguit en choisissant comme règle de base la solidarité a recouru à un jugement de valeur. En effet, parmi les faits sociaux que l'observation nous révèle le plus conforme au maintien de la vie en commun est la solidarité. Un positiviste juridique ne doit pas faire ce choix. Pour lui tous les faits sont égaux.

Un positiviste juridique s'il veut rester fidèle à la méthode positiviste doit toujours se garder de dépasser les limites que les deux principes que nous venons de signaler lui imposent.

Examinons maintenant de plus près les caractères du système positiviste de droit.

I

Rejet de l'idée de droit naturel

Tous les auteurs qui adoptent la doctrine positiviste du droit refusent de croire en l'existence d'un droit supérieur et antérieur à l'autorité étatique. Selon eux le droit naturel est une « chimère », une idée « vide de sens ». Pourquoi les positivistes attaquent-ils le droit classique connu et soutenu depuis Aristote et Saint Thomas ? Cela pour deux raisons :

1° Le droit naturel n'a pas un contenu bien déterminé. Tout le monde n'est pas d'accord sur ce qui est de droit naturel et ce qui ne l'est pas. Chaque auteur, disent les positivistes, en donne une définition différente. Reprenant la boutade de Pascal, les positivistes mènent de vives attaques contre l'idée de justice absolue. Y a-t-il une justice absolue, demandent-ils ? Répondant à leur propre question par une

réponse négative, ils disent que la justice ne peut être que relative, une notion qui change avec le temps et le lieu. Ce qui est considéré comme juste ici et aujourd'hui, ne le sera pas demain. L'observation des faits ne nous démontre-t-elle pas assez l'inexistence d'une conception universelle et immuable de la justice ?

Dans ces conditions, quand un juriste nous parle de la justice et propose d'adopter telle ou telle solution, il ne fait qu'exprimer sa propre considération. Alors cela n'est pas une notion objective, mais au contraire subjective. Comme chaque auteur, chaque législateur et chaque juge aura sa propre conception, l'idée de justice variera non seulement de peuple à peuple, mais même au sein d'une même communauté sociale.

Les idées étant divisées sur le principe fondamental sur lequel on voudrait bâtir le système de droit naturel, il est inutile, d'après les positivistes, de pousser plus loin l'étude des règles de ce droit. Car une analyse profonde n'aura d'autre résultat que d'apporter de nouveaux arguments pour montrer qu'on ne sait pas ce que contient vraiment ce droit naturel : il y a autant de droit naturel que de législateurs, sinon d'hommes.

M. Ripert, l'un des plus illustres interprètes du positivisme juridique, condamne l'idée de justice absolue en des termes très vifs : « En vain voudrait-on ériger cette justice en déesse du droit et admirer la pure figure qui, de Socrate à Jésus, et de l'ère chrétienne à nos jours, a senti monter vers elle les appels de l'humanité. Cette froide représentation n'a pas de vie réelle. C'est l'humanité qui la crée, figure différente suivant les peuples et suivant les temps, inspira-

trice des plus nobles pensées et quelquefois aussi complice des pires actions » (1).

2° D'autre part comment qualifier, objecte-t-on, de règles de droit, des règles qui n'ont aucune efficacité, aucun pouvoir d'obligation, à qui manque une contrainte, pourtant indispensable ?

Pour ceux qui croient en l'existence d'une justice absolue il n'y a pas de difficulté. Mais pour des gens qui n'ont pas cette croyance il faut trouver un autre moyen de contrainte. A quel droit soumettra-t-on un homme qui ne croit pas en votre idée de justice ?

Pourquoi votre conception aura-t-elle plus de valeur que la mienne ? D'ailleurs, dit-on, l'observation des faits nous révèle que le soi-disant droit naturel n'est respecté par personne. Un droit qui n'a pas sa contrainte avec lui ne mérite pas d'être nommé de ce nom. De Kant jusqu'à Kelsen, toutes les tendances positivistes insistent sur la nécessité de la contrainte matérielle. Parmi les positivistes français c'est surtout C. de Malberg qui a attaqué le droit naturel du point de vue de la sanction. Il est impossible de concevoir l'existence d'un droit supérieur et antérieur à l'Etat, parce que, selon Carré de Malberg, le propre de droit est d'être édicté et sanctionné par le pouvoir coercitif de l'Etat. Tant qu'une règle n'est pas pourvue de cette contrainte étatique, une condition essentielle manque pour qu'elle soit considérée comme une règle de droit (2).

(1) G. Ripert : *Droit naturel et positivisme juridique*, page 24, Marseille 1918.

(2) Carré de Malberg : *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, tome 1, page 57, note 6.

Pour combattre le droit naturel, M. J. Basdevant recourt au témoignage de Vattel. Le droit atteint son but « par la force d'application dont il est investi ». C'est seulement le droit positif qui répond à cette condition nécessaire (1).

Quand les positivistes juridiques parlent de la contrainte, ils n'ont en vue que la contrainte étatique. Car s'il n'en était pas ainsi l'objection faite à l'égard du droit naturel n'aurait aucun sens. Dans une conception où on admet l'influence de plusieurs facteurs sur le sujet de droit, il est impossible de ne pas avouer que le droit naturel possède, de ce point de vue, une force d'obligation. Mais pour arriver à avoir une telle conception il faut quitter le point de vue strictement formaliste et matérialiste. Ce qui n'est pas le cas des positivistes. Devant les facteurs moraux, psychologiques et même religieux, les positivistes disent que l'efficacité du droit naturel dépend finalement de la croyance religieuse (2).

Or, il y a des gens qui ne sont pas theistes. Il y a aussi des hommes dont leurs conceptions morale et religieuse diffère des nôtres. En tout cas, comme son contenu, la force d'obligation du droit naturel n'a pour les positivistes rien de précis. C'est une question qui dépasse le domaine de la science juridique. Le droit naturel ne possède donc pas une force d'obligation juridique. Peut-être il y a des gens qui, par croyance, le respectent. Alors le problème n'entre plus dans la sphère de la science de droit.

(1) Basdevant : *Les règles générales du droit de la paix*, Cours de La Haye 1936, tome 58, page 478.

(2) Waline : *loc. cit.*, page 531 : « il ne reste qu'un fondement possible au droit naturel, la croyance religieuse en une morale révélée; en fait il est clair que c'est la conception que s'en font inconsciemment ou subconsciemment, tous les juristes de droit naturel catholiques ».

Bref, les positivistes considèrent l'idée de droit naturel comme une conception d'idée religieuse. Ils déclarent qu'ils n'ont pas besoin de cette croyance religieuse, pour l'élaboration et l'interprétation de la science juridique. Voici un des passages des plus significatifs d'un auteur qui professe le positivisme : « M. Gény voudra dissiper l'horreur du droit naturel qu'il a constaté dans la génération présente. L'horreur ? Même pas ! Bien plutôt le dédain, car cette génération professe un positivisme juridique absolu... Ils sont vraiment nombreux ceux qui, par mépris des idées métaphysiques portent leur ardeur à l'étude du droit positif... Ce n'est pas seulement paresse de l'esprit, mais croyance désolée à l'inutilité de la recherche » (1).

Donc, l'école positiviste n'admet pas l'idée de droit naturel. Pour les partisans du positivisme il est inutile de rechercher le fondement supérieur du droit positif.

II

Manque d'un jugement de valeur

Ayant ainsi rejeté le droit naturel il ne reste que le droit positif. La science juridique s'occupera exclusivement de celui-ci.

Il faut voir tout d'abord ce que c'est que le droit qu'on appelle positif. Est-il seulement l'ensemble des règles édictées par l'autorité étatique sous formes de lois ou de règlements ? Ou faut-il encore y ajouter la jurisprudence et les règles coutumières ? Sur ce point les positivistes eux-mê-

(1) Ripert : *loc. cit.*, page 49.

mes ne sont pas d'accord. Les purs formalistes se contentent des lois et des règlements. Mais il y a d'autres publicistes — qui se déclarent positivistes — qui veulent élargir le cadre trop restreint, proposé par les précédents. Ces derniers trouvent la positivité du droit dans l'efficacité (1). Par exemple M. Jèze dit que le droit d'un pays est l'ensemble des règles effectivement appliquées par les praticiens et par les Tribunaux de ce pays (2).

Les normativistes, notamment Kelsen, se contentent d'un minimum d'efficacité, mais ils veulent que la validité soit complète.

Carré de Malberg dit que la loi et le droit sont identiques..

Bref, il n'y a pas un accord entre les différentes tendances positivistes. On peut cependant s'en tenir au dogme de l'autorité ou de la volonté étatique. C'est à dire on peut adopter, comme exprimant l'idée de l'ensemble des doctrines positivistes, l'affirmation d'après laquelle le droit positif, ou le droit tout court, est constitué par des règles édictées par la volonté de l'Etat.

Puisqu'elle n'accepte autre droit que le droit positif, il est tout à fait logique et compréhensible que cette école soit qualifiée de moniste.

(1) Les positivistes sociologiques aussi acceptent comme critère l'efficacité et la contrainte. Mais il faut toujours se garder de les confondre avec les positivistes juridiques. Parce que chez ces derniers la source du droit est l'autorité étatique; tandis que l'école de Duguit refuse le rôle de créateur aux gouvernants; ceux-ci ne font que constater. La vraie source se trouve dans la masse des consciences des individus.

(2) G. Jèze : *Les principes généraux du droit administratif*. 2^e édition. Tome 1^{er}, préface, page III.

Comme nous venons de le voir les positivistes veulent justifier leur attitude, tout d'abord par une critique négative. D'autre part ils invoquent une autre raison : il faut, dit-on, tout d'abord, démontrer la faillite du positivisme juridique (1). Or, selon eux, pareille démonstration n'a pas été faite jusqu'aujourd'hui.

1° F. GénY avait défini comme suit le positivisme : « l'essence du positivisme juridique, c'est de considérer les règles juridiques établies comme les seules normes de la conduite humaine et de professer par conséquent la plénitude de l'ordre juridique positif (2). M. Ripert admet l'exactitude de cette conception.

Autrefois on se basait sur l'idée de souveraineté pour expliquer que l'obéissance est due à des règles édictées par le pouvoir étatique. Qu'elle émane de Dieu ou qu'elle réside dans la nation, la souveraineté se manifestait toujours par les actes d'une personne physique. Mais depuis le jour où le grand négateur, le regretté doyen Duguit, a banni définitivement cette idée « métaphysique » les positivistes se trouvent devant un système à qui manque une base solide.

Certains d'entre eux, comme C. de Malberg, continuèrent à professer que la base fondamentale de droit était la puissance publique. Si C. de Malberg ne fut pas suivi en France, dans d'autres pays on trouve beaucoup de juristes qui se réfèrent encore à l'idée de souveraineté. En Allemagne, les volontaristes font baser le droit interne et le droit international sur l'autorité et sur la force de l'Etat.

(1) Ripert : *loc. cit.*, page 31.

(2) *Science et Technique*, tome II, page 37.

Les publicistes Français recourent une fois de plus à l'observation des faits pour expliquer le devoir d'obéissance des gouvernés. Observons les faits, disent-ils, et nous verrons qu'en fait les gouvernants possèdent un pouvoir parce qu'ils sont les plus forts. « Ils détiennent le pouvoir, affirme M. Ripert, pour mille raisons diverses qui ont fait les plus forts » (1). Un vrai positiviste doit admettre que « l'obéissance à l'autorité établie, et par conséquent au droit » n'est « autre chose que la soumission du plus faible devant la loi du plus fort » (2).

Nous voilà ainsi amenés à voir le vrai visage du positivisme juridique. En effet, la première et la plus regrettable conséquence de cette doctrine est la nécessité logique d'accepter le droit du plus fort. Ceux qui rejettent l'idée de souveraineté et ceux qui l'acceptent se retrouvent devant le problème de fondement du droit. Les uns en observant les faits, les autres en croyant à l'absolutisme du pouvoir souverain disent que le droit a pour fondement la force. Celle-ci est pour quelques-uns purement matérielle; pour d'autres elle est aussi psychologique. Les sujets obéissent à l'autorité par crainte de sanction. Pour M. Ripert, c'est une vérité indéniable (3).

L'esprit est-il satisfait devant cette explication du positivisme juridique ? Nullement. Les positivistes eux-mêmes l'avouent. Voici ce que dit M. Ripert : « Il (le positivisme juridique) laisse la conscience du gouverné inquiète d'une

(1) Ripert, *loc. cit.*, page 34.

(2) Ripert : *loc. cit.*, page 34 ; Duguit n'a pas accepté cette conséquence et, à juste titre, il a été qualifié partisan du droit naturel.

(3) Ripert : *loc. cit.*, page 34.

obéissance sans raison et la conscience du gouvernant désemparée par l'exercice d'une autorité illimitée » (1).

Pour remédier à cet état de choses, M. Ripert recourt à la morale. Mais dans cette voie, il n'est pas suivi par tous les positivistes juridiques. M. Jèze : dit qu'on le juge bon ou mauvais le droit positif est le seul droit. M. Waline proclame d'autre part que « on appelle positivistes juridiques, ceux qui pensent que le droit tire sa valeur juridique du fait qu'il a été posé par une certaine autorité, et qui n'admettent pas que la valeur des règles ainsi posées puisse être appréciée par comparaison avec une norme de droit naturel n'ayant jamais fait l'objet d'une formulation positive » (2).

Nous croyons que M. Waline est un interprète plus fidèle que M. Ripert. Car ce dernier avec sa loi morale trahit un peu la méthode et la doctrine positiviste. Quant à M. Waline se déclarant le plus orthodoxe des formalistes il nous donne la formule exacte du positivisme juridique.

F. GénY, un des plus illustres adversaires de cette école, définissait ainsi la tendance formaliste : « Essentiellement, le positivisme juridique consiste à écarter, du domaine de la formation, de l'interprétation et de l'application du droit, toute recherche rationnelle sur les fondements et la valeur des règles, comme impuissante à suggérer ou préciser celle-ci, qu'on prétend trouver entièrement développées dans la vie sociale elle-même sous les diverses formes où se manifeste son besoin de discipline et d'ordre (3).

(1) Ripert : *loc. cit.*, page 35.

(2) Waline : *Manuel élémentaire de droit administratif*, page 177, Sirey 1936.

(3) GénY : *Science et Technique*, tome II, page 31.

Nous n'ajouterons rien à cette définition, car elle est complète. Dans la présente étude, toute doctrine qui se confondra avec la théorie que nous venons de préciser les termes, sera qualifiée de positivisme juridique.

2^o Les positivistes veulent justifier le manque d'un jugement de valeur dans leur système, en disant que la science juridique est « la science de l'ordre extérieur des choses, de la paix sociale, non la réalisation de la justice » (1).

Cette affirmation n'explique rien. Au contraire elle augmente le désarroi et l'inquiétude. L'établissement de la paix sociale est naturellement l'une des fonctions du droit, mais à quoi bon de faire régner la paix sans la justice ? Une société dans laquelle l'arbitraire et la tyrannie du plus fort s'exercera sans aucune limite est un spectacle d'horreur. Devant cette objection les positivistes disent que les gouvernants « doivent tenir compte des données réelles de la vie pour que leurs ordres ne se heurtent pas à une impossibilité d'exécution » ; ils doivent tenir aussi compte des données historiques, rationnelles et idéales (2). Tout cela pour faciliter l'obéissance. Celle-ci sera assurée tant que les gouvernants resteront assez fort pour faire respecter les règles imposées par eux. Dans ce cas, ils n'éprouveront pas le besoin de recourir à des considérations morales, historiques et rationnelles. Il n'est donc pas injuste d'attribuer au positivisme juridique l'idée d'après laquelle les gouvernants exercent un pouvoir capricieux et arbitraire.

Maintenir la paix entre les hommes c'est nécessaire. Mais le but du droit n'est pas déterminé par la seule nécessité

(1) Ripert : *loc. cit.*, page 40.

(2) Ripert : *loc. cit.*, page 41.

de maintenir la paix entre les hommes. Le droit a pour but le rétablissement du bien commun de tous par la justice.

Précisément c'est une considération que les positivistes refusent d'y adhérer parce qu'ils ne croient pas à la justice au vrai sens du mot.

La seule considération que les positivistes acceptent est un examen normatif en ce qui concerne la validité hiérarchique de la règle de droit. Dans la hiérarchie des normes, il suffit qu'une règle soit conforme à la norme fondamentale. Celle-ci peut être la Constitution ou le principe *Pacta sunt servanda*. Cela dépend du choix qu'on en fera. M. Waline déclare que « le positivisme juridique consiste à n'admettre comme criterium de la valeur juridique d'une norme, que sa conformité — formelle ou matérielle — avec une norme prise comme étalon des valeurs juridiques, dans un système juridique donné, et que l'on appelle norme juridique fondamentale » (1). La norme juridique fondamentale dont nous parle M. Waline est une norme hypothétique. Sur ce point, M. Kelsen a donné des développements approfondis. Voici ce qu'il dit au sujet de cette règle de base d'où découlent toutes les autres : « La validité d'un système résulte en dernière analyse de la norme fondamentale qui en est la base. L'unité du système résulte de l'identité du principe sur lequel se fonde la validité de ces divers éléments. Rapporter une règle déterminée à la norme fondamentale, c'est rechercher la raison dernière de sa validité » (2). On comprend par cette affirmation que le positivisme juridique n'admet qu'un examen formaliste.

(1) M. Waline : *loc. cit.*, page 524.

(2) Kelsen : *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. C. de La Haye 1926, tome 14, page 264.

3° Devant le problème de fondement du droit international, la position des positivistes juridiques ne change pas.

On peut résumer en une seule phrase la conception positiviste du droit international : le Droit international a pour base la volonté et rien que la volonté.

Il y a des auteurs qui adoptent nettement ce point de vue; il y en a d'autres qui y viennent par un chemin détourné. Mais les conséquences sont toujours les mêmes.

En partant de ce point de vue, on arrive parfois à nier complètement l'existence d'un droit international comme c'est le cas de G. F. de Martens. Cet auteur nous parle du « droit public extérieur » d'un Etat. En effet le droit étant l'œuvre de la volonté, et la volonté de l'Etat n'ayant aucun supérieur, il est inconcevable qu'il puisse exister un droit en dehors de l'Etat. Les relations d'Etat à Etat sont régies donc par le droit public extérieur.

Cette première conséquence du volontarisme ne demande aucune explication, car elle est très claire. A ce point que les successeurs de Hegel ont senti le besoin de recourir à un autre système, il est vrai plus ingénieux, pour donner un fondement au droit international. On a dit que l'Etat est lié par sa propre volonté. Il s'engage, comme cela arrive parfois dans le droit interne, à respecter telle ou telle règle internationale. C'est de sa part, une auto-obligation. L'Etat limite son propre pouvoir. La souveraineté ne souffre pas de limitation étrangère. Mais elle peut se donner des limites : c'est l'auto-limitation.

Devant l'insuffisance évidente de ce nouveau système qui conduisait à l'anarchie (1) on a trouvé une nouvelle explication. C'est avec la théorie de la *Vereinbarung* qu'on a

(1) En effet Jellinek déclare : « L'Etat peut s'affranchir de toute limite qu'il s'est imposé lui-même ». (Voir *Infra*).

voulu remédier à l'illogisme de la théorie de l'auto-limitation. D'après la nouvelle doctrine, ce n'est pas la volonté d'un seul Etat, mais c'est la volonté commune de plusieurs Etats qui crée la règle de droit international. La volonté commune est à la fois celle de l'Etat, et aussi étrangère à lui. Pourquoi l'Etat doit-il respecter le droit international ? Nous n'avons pas de réponse proprement juridique à donner à cette question, répondent les partisans de cette théorie. La *Vereinbarung* est une auto-obligation à peine déguisée.

Viennent ensuite les systèmes normativistes. Ceux-ci refusent les doctrines précédentes et disent que la volonté ne peut pas créer le droit. Mais avec la norme fondamentale hypothétique sur laquelle repose tous les systèmes, ils laissent la porte ouverte derrière eux, par laquelle le volontarisme peut entrer sans aucune difficulté sérieuse. Le principe *Pacta sunt Servanda* n'explique rien à lui seul. Il faut qu'il repose lui-même sur un autre principe. C'est pour cela que le normativisme aboutit ou bien au droit naturel (Verdross), ou bien au positivisme juridique (Kelsen).

De cet énoncé très sommaire des doctrines positivistes en droit international on peut dès maintenant tirer une conclusion : Le positivisme juridique, qui se confond presque toujours avec le volontarisme, aboutit finalement à reconnaître comme base et fondement premier du droit international la force brute.

Que ce soit la volonté d'un seul Etat, la volonté collective, la conscience juridique commune, la Société des Etats, la Société des Nations, la nécessité, l'intérêt, l'équilibre des intérêts, l'équilibre politique, l'accord commun, la volonté des grandes puissances et tant d'autres principes dépourvus d'un fondement solide, on aboutira toujours au droit internatio-

nal à la base duquel on trouvera la volonté arbitraire du ou des plus forts.

Au commencement de ce chapitre, nous avons dit que l'un des caractères du positivisme juridique était le refus de recourir à un jugement de valeur. C'est de ce fait qu'on se trouve, avec cette doctrine, devant l'alternative anarchie ou tyrannie.

DEUXIÈME PARTIE

Exposé

TITRE PREMIER

HISTORIQUE

Le positivisme juridique, de l'avis général des auteurs, est une réaction contre l'idée de Droit de Nature des publicistes du XVII^e et du XVIII^e siècles. C'est au cours du XIX^e siècle que le mouvement positiviste a trouvé le plus d'adhérents. C'est aussi à cette époque qu'il fut amplement et profondément développé (1).

Mais il ne faut pas cependant perdre de vue que la querelle du spirituel et du matériel ne date pas d'un siècle. Dès le moment où l'homme a commencé à faire fonctionner son esprit et sa raison, le problème de la vérité « en soi » attira son attention. Parfois il a cru le résoudre et arriver à la connaissance de l'*absolu*; d'autres fois concluant à la défaillance de la raison humaine déclara que toute chose est *rela-*

(1) A tel point que l'excès de la méthode positiviste provoqua une réaction. Aujourd'hui une renaissance de l'idée de droit naturel est chose certaine.

tive. L'une et l'autre de ces conclusions amenèrent, au cours de l'histoire de la pensée, des conséquences différentes.

Pour la science juridique, pour la philosophie du droit, la position qu'on va prendre devant le problème de fondement dernier de la règle de droit dépend de la conception que l'on se fera de la connaissance et de la nature humaine. Quand on a une conception relativiste, la notion de justice aura un aspect changeant avec les sujets, le temps et les lieux. Au contraire quand on croira à la possibilité d'avoir une connaissance de la chose en soi, de l'absolu, la notion de justice révèlera son vrai caractère qui est d'être objectif et le même pour tous et partout. La première de ces deux tendances correspond au Positivisme, et la seconde à l'idée de Droit naturel (ou objectif et rationnel).

Si on envisage le problème de droit de ce point de vue, la nécessité d'une étude historique s'impose à l'évidence. L'évolution des idées se présente comme un mouvement continu. Il faut chercher l'origine des Ecoles contemporaines dans le passé très lointain de l'histoire de la pensée, et même de la pratique humaine.

CHAPITRE PREMIER

ANTIQUITE

I

La Chine

Dans la Chine antique, on a vu des penseurs comme Confucius et son disciple Mencius qui soutenaient l'existence d'un droit supérieur à la volonté arbitraire du prince (1). Ils acceptent une ligne de conduite morale qui doit diriger les actions humaines. Cette règle est à ce point obligatoire que l'on ne peut s'en écarter d'un seul point, un seul instant. Si l'on pouvait s'en écarter ce ne serait plus une règle de conduite immuable. C'est pourquoi l'homme supérieur ou celui qui s'est identifié avec la « droite voie » doit veiller sur le respect de ces règles.

Confucius ne fait aucune distinction entre les peuples. Il préconise des idées humanitaires et invite les hommes à s'y conformer et vivre dans un esprit de mutuel respect. De la doctrine de Confucius il ressort nettement que le prince n'est

(1) « Le mandat du ciel (ou le principe des opérations vitales et des actions intelligentes conférées par le ciel aux êtres vivants) s'appelle nature rationnelle ; le principe qui nous dirige dans la conformité de nos actions avec la nature rationnelle s'appelle règle de conduite morale ou droite voie ; le système coordonné de la règle de conduite morale ou droite voie s'appelle Doctrine des Devoirs ou Institutions ». (Confucius et Mencius : *Les quatre livres de philosophie morale et politique de la Chine*).

pas libre d'imposer arbitrairement ses décisions qui peuvent parfois se révéler injustes en soi.

En opposition avec cette conception confucéenne, existe la doctrine de l'Ecole des légistes chinois. Ceux-ci au lieu de se contenter d'une simple constatation et transmission des rites et des usages millénaires voulurent préciser la notion de règle de droit en analysant la portée de ce qu'ils appelaient « loi ». Confucius voulait gouverner par la vertu et les rites. Les légistes ne veulent admettre comme règle obligatoire ayant une portée réelle seulement les lois positives. Il existe donc une opposition radicale entre ces deux tendances. D'après ce que nous raconte M. Li Sin-Yang, les légistes ne nient pas l'existence d'un droit naturel. Ils l'acceptent comme une ligne de conduite directrice, comme un point de repère, le droit positif, la loi étant seule applicable dans la pratique. Pour que le droit naturel ait une portée pratique, il est nécessaire qu'il soit codifié. Cette formalité n'étant pas accomplie, on se contentera des lois positives. C'est à dire des règles dûment mises en valeur et sanctionnées par l'autorité gouvernante, à savoir le prince (1).

Quant à la signification du mot loi dans la conception chinoise, il faut noter que la loi est un modèle pour les actions. Ce modèle a pour mission de rendre égaux toutes les choses et tous les hommes. Il exclue tout ce qui n'est pas correct. Ici une question se pose : d'où ou de qui émane ce modèle ? De la nature ou de la volonté des hommes ?

Comme réponse nous nous bornerons à reproduire un passage des légistes cité par M. Li Sin-Yang : « Prenant leur source dans le souffle vital de l'univers, dans l'harmoni-

(1) Li-Sin-Yang : *Doctrines du droit public en Chine antique*, thèse Paris 1928, page 20 ; voir aussi Siu Tchoau Pao : *Le Droit des gens de la Chine antique*, 1926.

nie du froid et de la chaleur, dans la nature de l'eau et de la terre naissent les hommes, les bêtes, les oiseaux, les plantes et les arbres; bien que les choses ne soient pas très nombreuses ce qu'on retrouve en elles toutes et qui ne jamais changent on l'appelle règle. Les idées, les noms, les temps, les ressemblances, les analogies, les comparaisons, les apparences, c'est ce qu'on appelle les images. Les mesures de longueur, le cordeau de charpentier, l'équerre et le compas, la balance et le poids, les mesures de capacité, c'est ce qu'on appelle les modèles ou les lois. Le développement progressif, la conformité, la diffusion, la durée, la soumission à la règle, la répétition, c'est ce qu'on appelle les transformations.

Il existe quatre sortes de droit : 1° la loi immuable, par exemple, celle qui existe dans le rapport entre le prince et le ministre, le supérieur et l'inférieur; 2° la loi qui égalise les mœurs; c'est celle qui existe dans les rapports entre capables et incapables, semblables et dissemblables; 3° la loi qui gouverne les foules, par exemple les félicitations et les récompenses, les châtimens et les punitions; 4° la loi qui préside à l'évolution correcte, telle qu'on en trouve dans les mathématiques, les mesures, les poids et les balances ».

Des lignes précédentes il résulte que les règles découlent, selon la pensée chinoise, de la nature même des choses. Pareilles idées nous amèneraient à la reconnaissance d'un droit naturel. Mais les Légistes ne semblent nullement pousser jusque là leurs théories. Ils affirment seulement que les lois sont des règles que l'on retrouve dans toutes les choses. Parmi ces lois, ce qu'ils appellent « modèles » sont des règles faites par la volonté humaine selon les circonstances et qui peuvent être modifiées selon les temps et les lieux » (1).

(1) Li-Sin-Yang : *loc. cit.*, page 39 ; J. Escarra : *La Chine et le droit international*, 1931.

Autrement dit, ce sont des lois positives. Donc ici aussi la question se pose de la même façon : quel serait le rapport entre ces deux formes de règles, l'une émanant de la nature même des choses, l'autre de la volonté des hommes. Les légistes ont-ils résolu ce problème d'une façon définitive et claire ? Nous ne le croyons pas. En admettant d'une part que les légistes sont des positivistes, et d'autre part qu'ils acceptent la supériorité des lois naturelles, M. Li Sin-Yang tombe dans une contradiction évidente (1). Etre positiviste et admettre l'existence du droit naturel, cela nous paraît être presque impossible. Pour résumer les traits caractéristiques des légistes, notre auteur déclare que : « dans l'ensemble de leurs idées maîtresses, les légistes nous semblent plutôt positivistes que métaphysiciens, objectivistes et progressivistes ; de plus ils préfèrent l'intérêt de la collectivité (personnalisée dans le souverain) à celui des particuliers » (2).

Dans cette affirmation nous voyons les caractères d'une théorie purement positiviste : admettre le souverain comme un être personnalisant la collectivité et sacrifier les particuliers au nom de cette prétendue collectivité, c'est l'erreur que l'on commet souvent. L'intérêt de tous n'est autre que l'intérêt de chacun. Le tout est l'assemblage des parties ; rejeter la partie équivaut à repousser le tout. L'ensemble souffrira du mal que l'on fait aux particuliers, la souffrance qu'on infligera à une partie de notre corps s'étendra automatiquement dans tout l'organisme ; c'est une loi universelle et naturelle qui est vraie pour toujours et pour toutes les époques.

Un autre auteur chinois, M. Leang Ki-Tch'Ao trouve la déféctuosité du système imaginé par les Légistes dans le

(1) Li Sin-Yang : *loc. cit.*, page 104.

(2) Li Sin-Yang : *loc. cit.*, pages 104-105.

manque d'un point de départ correct en ce qui concerne le droit de faire la loi (1). Cela veut dire que le système n'était pas bon.

II

L'Inde

Chez les Hindous, la supériorité des Brahmes reposait sur la croyance religieuse qui était la base de leurs institutions politiques. Brahma était émané de la substance même du Seigneur, et de la bouche, du bras, de la cuisse et du pied de Brahma étaient sortis les Brahmes, les Chattrias, les Vaïshias et les Soudres. De ce fait, d'après la loi de Manou « le Brahmane en venant au monde est placé au premier rang;... tout ce que ce monde contient est en quelque manière la propriété du Brahman en raison de sa primogéniture et de sa puissance éminente ». Voilà une première affirmation qui nous met en présence d'une grave distinction entre les hommes. La caste des Brahmes aura une supériorité incontestée sur toutes les autres. De même qu'il existe une hiérarchie entre les quatre castes des Brahmes, les Chattrias, les Vaïshias et les Soudres, il en va de même pour les Parias. Ceux-ci, ne faisant partie d'aucune caste, sont considérés totalement inférieurs, et aucun Indien issu de l'une des quatre castes ne doit jamais tendre la main, même pour le sauver d'un précipice, à un paria. Il risque le danger de se souiller. Ces règles d'inégalité et de hiérarchie existaient entre les habitants de l'Inde. Si nous pensons un peu ce qui adviendrait pour les étrangers, nous comprendrons tout

(1) *La conception de la loi et les légistes à la veille des Ts'in*, Pékin 1926, page 56.

de suite que l'existence d'un droit international ayant à sa base l'idée de la communauté et de l'interdépendance des hommes, serait une pure chimère. C'est pour cela, il faut être prudent devant les livres qui nous sont restés de ces temps lointains. Parfois on y trouve des règles concernant les lois de la guerre : telles qu'elles seraient formulées par Grotius. Faut-il en conclure qu'en ces temps les hommes s'y conformaient ? Pas le moins du monde. Dans un très ancien livre de l'Inde, dans le Code de Manou, P. Fiore relève ces lignes concernant la guerre : « qu'un guerrier dans une action militaire ne doit pas employer les armes perfides; ne doit pas frapper un ennemi qui est à ses pieds, ni celui qui joint les mains pour demander grâce, ni celui qui dit : je suis ton prisonnier... ». Bien entendu ces règles seront appliquées seulement aux habitants de la terre sacrée de l'Inde.

Pour conclure, nous dirons avec P. Fiore : « Bien qu'on trouve dans les livres sacrés de l'Inde des sentiments d'humanité et des idées morales très nobles et très délicates, la constitution politique et sociale de ce pays fut un obstacle insurmontable à l'établissement d'une communauté de droit entre les Indiens et les étrangers » (1).

III

Les Hébreux

La même constatation pour les Juifs. Seulement avec les fils d'Israël, nous nous trouvons déjà devant un progrès (2). Le régime des castes est détruit. Tous les Juifs sont égaux.

(1) *Nouveau droit international public*, 1885, t. 1, page 7.

(2) J. Bex : *Essai sur l'évolution du droit des gens*, Paris 1910, page 6.

Mais cette idée d'égalité ne va pas plus loin. Les Hébreux aussi éprouvent une répugnance devant les étrangers. Ils se considèrent comme le peuple élu de Dieu. Moïse prêchait une doctrine destinée à isoler les Juifs : « Le Seigneur a promis qu'il t'élèverait au-dessus de toutes les autres nations qu'il a créées, qu'il te donnerait la renommée et la gloire, et que tu seras un peuple sain ». Ainsi les descendants d'Abraham qui avaient fait alliance avec Jehovah, devaient logiquement rester supérieurs à tous les peuples.

IV

Les Grecs

Les Grecs qui surent se donner de sages règles de gouvernement, qui organisèrent des citées magnifiques, n'ont cependant pas arrivé dans la pratique à concevoir un système juridique qui pourrait s'étendre aux rapports extrahelléniques. Les différentes cités grecques vivaient dans une communauté de langues, de génie artistique et scientifique, de religion et de coutumes. Ces éléments multiples contribuèrent à la naissance de la nationalité grecque et au développement d'un droit commun à tous les hellènes. Cependant, les peuples qui restaient en dehors de cette communauté, étaient dénommés par eux sous le nom unique et général de Barbares. En outre les liens juridiques qu'unissaient les cités grecques, découlaient de la force obligatoire des traités. En cas de guerre l'application de ces accords étant suspendue, on n'admettait pas de règles de droit obligatoires (1). Cela nous amène à cette conclusion que, dans la

(1) Heffter : *Le droit international de l'Europe* 1873, p. 10 ; Baron Korff : *Histoire du droit international*, C. de la Haye 1923, tome 1^{er}, page 12.

pratique, les rapports juridiques qui existaient entre les cités grecques n'avaient pas comme fondement un principe objectif et rationnel. Tout découlait de la volonté.

Mais il faut d'autre part faire une distinction entre les théories des philosophes grecs. Chez les penseurs comme Pythagore, Aristote et Zénon, nous voyons jaillir avec une abondance heureuse des idées extrêmement belles. La philosophie de Pythagore connaissait le droit naturel en tant que le droit régissant tous les êtres vivants, hommes et animaux, à raison de leurs aptitudes sensibles. Aristote et l'Ecole stoïcienne considéraient le droit naturel comme un système propre à l'homme. Ce droit est basé sur la raison naturelle que la divinité a départie seulement à l'homme (1).

A l'opposé de ces tendances se trouvent d'autres écoles et d'autres penseurs. L'Ecole des Sophistes qui fut la première à affronter les problèmes de l'esprit et de la connaissance et le problème de la morale prêchait souvent les doctrines les plus hardies. Les partisans de cette école soutenaient des thèses souvent différentes, mais toujours paradoxales. Ils attaquaient les idées dominantes de leur temps; leur caractère commun et d'être individualistes et subjectivistes; tout ce qui est en dehors de l'homme : la nature, l'Etat, la foi, la tradition restent secondaires. C'est d'après la valeur que l'individu veut attribuer à eux qu'il faut juger ces éléments. Protagoras disait : « L'homme est la mesure de toutes choses ». De ce fait il n'y a pas de certitude absolue dans le domaine de la science. Puisque tout change avec l'individu, il ne peut exister de vraies sciences objectives et universelles. Ce que je considère juste ne l'est que pour moi. Un autre individu est libre d'en juger

(1) J. Kisters : *Les fondements du droit des gens*. Bibliotheca Visseriana, t. 4. 1925 ; Gustave Glotz : *Le droit des gens dans l'Antiquité Grecque*, 1915, p. 14.

autrement. Et ce que j'affirme être vrai à cet instant, je le trouverai peut-être faux après dix minutes. Donc il n'y a que l'opinion changeante de chaque individu (1). Le centre de toute connaissance et de réalité humaine est l'homme. Comme celui-ci n'est pas identique même à lui-même et pour toujours, il n'y a que l'incertitude et la relativité dans ce monde.

Devant cette constatation quelle sera la base de l'Etat et du droit ? L'Etat n'est plus basé sur une idée objective. Seulement il n'est pas non plus assis sur une puissance extérieure. Le pouvoir que possède l'Etat a pour base la vie spirituelle et mentale de l'homme. Mais les Sophistes repoussent l'objectivité de cette vie spirituelle. Ce qui nous amène à un subjectivisme excessif ayant comme conséquence l'avènement de l'anarchie (2). Le droit aussi n'a que de relatif dans le système sophistique. La loi est une opinion variable, l'expression de l'arbitraire et de la force : le juste et « ce qui plaît au plus fort » (3).

Trasimache dit que : « la justice est en réalité un bien pour autrui ; elle est un avantage pour qui commande et un mal pour qui obéit » (4). Les sophistes allèrent même jusqu'à se demander si la justice a un fondement naturel ou non. Cela revenait à dire : ce qui est juste selon la loi positive l'est-il aussi par nature ? Leur réponse est négative. Ils disaient que s'il existait un juste par nature toutes les lois seraient égales.

(1) Paul Janet : *Histoire de la Science politique*, 1887, 5^e édition, tome 1^{er}, pages 66-67.

(2) Krabbe : *L'idée moderne de l'Etat*, C. de La Haye 1926, t. 13, page 516.

(3) Laurent : *Histoire du droit des gens et des relations internationales*, t. 11, page 368.

(4) Del Vecchio : *Leçons de philosophie du droit*, Paris 1936, p. 25.

La doctrine des sophistes peut se résumer en cette phrase : la loi est une invention humaine, artificielle et arbitraire. Donc il n'y a ni droit naturel, ni justice universelle et immuable. Tout est créé par l'homme. L'autonomie de la volonté humaine bat son plein chez ces penseurs (1).

Un positiviste ne saura mieux affirmer la force des lois positives. Pour les sophistes, le législateur est le régulateur des rapports qui existent entre les hommes. Il est le seul juge de ses actes. Ce qu'il ordonne a force de loi. Il faut obéir. Aucune critique n'est permise. Les Sophistes étaient, dit M. Del Vecchio, moralement sceptiques et plutôt négateurs ou destructeurs que constructeurs (2). En effet, ils provoquaient souvent les scandales publics par leur paradoxe.

Outre les Sophistes, il y avait parmi les penseurs grecs Epicure et ses disciples qui soutenaient eux aussi des théories s'opposant aux idées des partisans de la sociabilité naturelle de l'homme. Pour Epicure, l'homme n'est pas sociable par nature. A l'origine une lutte permanente existait entre les hommes. Cette lutte ne leur convenait pas. Les hommes qui fuient la douleur et cherchent le plaisir voulurent éviter cette cause de souffrance. Un pacte fut conclut. De là est sorti l'Etat. Le droit n'est qu'un pacte utilitaire et l'Etat n'est que le résultat d'un accord. La base de la société humaine est donc l'utilité. A chaque instant on pourrait attendre la rupture du contrat social. C'est toujours la volonté humaine mue par telle ou telle cause

(1) E. Brehier : *loc. cit.*, t. 1^{er}, page 84.

(2) *Loc. cit.*, page 25.

qui crée ou supprime le droit. Epicure nous donne le premier exemple d'un contrat social qui par la suite, au moyen âge et au XVII^e et XVIII^e siècles retrouvera une faveur particulière auprès des penseurs. Ce qui amène l'Ecole epicurienne à cette idée du pacte, c'est le principe hedoniste qui s'oppose à la morale stoicienne. Pour Epicure, la vertu n'est pas la fin suprême, mais seulement le moyen d'atteindre le bonheur. Il faut agir de telle sorte qu'on obtient un résultat qui nous donnera la plus grande satisfaction de plaisir. La douleur est bannie. Mais comme il serait impossible de l'éviter totalement on agira de telle sorte que à la fin on aura la plus grande quantité possible de plaisir et le minimum possible de douleur. Bref, c'est un calcul des utilités.

L'utilitarisme d'Epicure est plus poussé dans le domaine de la conception de l'Etat qu'ailleurs. Les hommes pourront rompre, chaque fois qu'ils le jugeront nécessaire, l'union qui a donné naissance à l'Etat. Cette nécessité se révélera sans doute très pressante dans le cas où on ne trouvera plus l'utilité qui a été en vue pendant la création du pacte social (1).

M. Emile Brehier voit dans la doctrine d'Epicure l'idée d'un droit naturel qui a un sens particulier. Car « le droit naturel est (selon Epicure), l'expression de ce qui sert aux hommes à ne pas se nuire les uns aux autres » (2). Mais il ajoute tout de suite que la conception de justice garde son relativisme chez les Epicuriens, puisque chaque pays a son idée de justice particulière à lui.

(1) Krabbe : *loc. cit.*, page 520.

(2) Opinions principales, XXXI ; cité par E. Brehier : *loc. cit.*, t. 1, page 361.

V

Les Romains

C'est à Rome que fut développé et systématisé le système juridique tout entier. Jusqu'ici nous avons vu qu'en Orient la religion était le seul élément qui dominait la pensée humaine. En Grèce la philosophie fut la première et préférée préoccupation des penseurs. Les Romains ne firent que répéter les Grecs dans le domaine de la spéculation philosophique (1). Mais, par ailleurs, les institutions juridiques qu'ils sûrent créer et développer constituèrent les premières pierres du monument juridique, qui nous resta comme un illustre représentant de la pensée et de la technique des juristes romains.

Parmi les penseurs romains, Lucrèce représentait l'épicurisme; Sénèque et Marc-Aurèle furent les interprètes et continuateurs des stoïciens. Entre ces noms, il faut citer celui de Cicéron. Il a eu une grande influence. Il a rendu populaires les idées philosophiques des grecs (2). Dans l'examen des questions purement juridiques, les Romains n'ont jamais perdu de vue l'étude de la législation en vigueur dans le pays. Les Grecs allaient du général au particulier, parce qu'ils ne possédaient pas de précisions sur les détails. Au contraire, les Roumains aimaient la méthode qui permettait de prendre un à un, chaque principe et chaque institution. En rattachant les cas qui se présen-

(1) « Les Romains n'ont pas de littérature originale; une seule étude a de l'attrait pour eux, c'est le droit qui leur sert à plier les peuples conquis aux mœurs des vainqueurs ». (Laurent : *loc. cit.*, t. III, p. 3).

(2) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 29.

taient à eux aux théories générales, ils obtenaient des solutions pratiques basées sur des principes bien déterminés (1).

Il faut en conclure que l'influence grecque ne fut pas trop poussée en ce qui concerne la technique juridique. Mais ce qui nous intéresse plus, ce sont les principes généraux et les idées directrices que se faisaient du droit les juristes romains. Sur ce point, il n'y a aucun doute : Rome n'a pas pu émettre des idées propres à lui. Elle fut l'interprète des philosophes grecs.

VI

Considérations générales sur l'antiquité

M. Louis Le Fur, dans sa très remarquable étude sur le Droit naturel (2), divise l'histoire du droit naturel en trois phases : religieuse, philosophique ou étatique, scientifique. La première phase correspond à l'Antiquité et au moyen âge. Ce classement donné pour le droit naturel peut être admis, comme vrai pour tout le droit international ou interne.

Dans l'antiquité, les idées religieuses, surtout dans la pratique, dominaient les rapports juridiques inter-étatiques. Malgré les philosophes qui ont dépassé la religion dans leurs études respectives sur les questions philosophiques, le trait caractéristique de cette époque est marqué par le sceau de la religion. C'est cette dualité, l'existence d'une part des penseurs s'élevant au dessus de leur temps, d'autre part,

(1) Mommsen : *Antiquités romaines*, tome XVI, page 62.

(2) Le Fur : *La Théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*. Cours de La Haye 1926, tome 18.

de la pratique courante si différente des idées des philosophes, qui amena les auteurs modernes à des constatations parfois fausses. Deux opinions absolument opposées divisent les juristes. Quelques-uns prétendent qu'il existait dans l'antiquité un droit international semblable au nôtre, c'est-à-dire basé sur un principe supérieur dépassant la volonté des hommes. Ceux-ci citent comme argument les idées des auteurs comme Aristote, Zénon, Cicéron. D'autre part, ils ajoutent que l'existence des rapports internationaux implique nécessairement l'établissement des liens juridiques : *ubi societas ibi jus* (1). Ces auteurs, répondent à ceux qui objectent que l'antiquité n'a pas pu connaître des sanctions, en disant qu'on n'en connaît pas plus aujourd'hui. Et en plus, disent-ils, la crainte de Dieu à ce temps était beaucoup plus forte que le sont les prétendues sanctions du droit des gens modernes.

Les juristes qui voient les choses d'un autre angle nient l'existence d'un droit international dans l'antiquité. Leurs arguments ne sont pas facilement réfutables. Ils nous citent les historiens, et même Cicéron. Le récit des guerres terribles et cruelles, des vaincus maltraités, des villes détruites, revient souvent sous leurs plumes. Le respect de la parole donnée, ce principe si élémentaire pourtant, n'est pas connu. Même dans le temps de paix, c'est l'arbitraire qui commande. Les accords intervenus ne sont respectés qu'à mesure qu'ils protègent les intérêts de l'un et de l'autre.

On voit bien que des deux côtés on nous donne des arguments décisifs. Seulement il faut souligner ce fait, que ni les uns, ni les autres, ne sont exactement sur la bonne voie. Ceux qui se basent exclusivement sur les idées des philo-

(1) Le Fur : *loc. cit.* ; Baron Korff : *loc. cit.* ; Redslob : *Histoire des grands principes du droit des gens.*

sophes commettent cette erreur de ne voir qu'une seule phase de la vie humaine : *l'esprit*. Et les autres, c'est-à-dire ceux qui nous citent les faits et les cas concrets, tombent dans la même erreur, mais en sens inverse, ils exagèrent la portée des événements au détriment des idées.

L'homme est matière et esprit. Ces deux éléments sont inséparables. C'est à ce double point de vue qu'il faut se placer quand on entre dans le laboratoire des sciences sociologiques, à savoir l'histoire. Pour nous, le problème n'est pas très complexe. Nous avons dit que l'antiquité entraînait dans la phase religieuse de la science juridique. Eh bien, quelle était le caractère des idées religieuses de cette époque ? L'antiquité était dominée par le panthéisme. Chaque peuple, chaque citée, chaque tribu avait ses Dieux propres à lui. L'idée d'un Dieu unique n'était pas répandue. Seuls les Israélites étaient monothéistes. Devant cette diversité des divinités l'unité, si recherchée et désirée par certains philosophes ou écoles, ne pouvait se réaliser autrement que par la force. Les individus qui n'étaient ni du même peuple et ni de la même religion, se considéraient des perpétuels ennemis. Le terme d'étranger était synonyme d'*hostis*. L'homme qui n'était pas sous la protection des divinités de la cité pouvait être traité aussi cruellement que possible. Un traité que l'on n'avait pas sanctionné par un serment envers les dieux du peuple contractants n'avait en pratique aucune valeur décisive (1). En cas de renoncement ou de non application, aucune sanction à intervenir. Il est tout à fait naturel que dans une pareille société le règlement par la force soit en vedette. Voilà des argu-

(1) Verdross : *Le fondement du droit international*. C. de La Hay 1927, t. 10, p. 262.

ments qui donnent raison à ceux qui nient l'existence du droit international à cette époque.

Mais il ne faut pas oublier d'autre part que quand on était dans le cadre restreint des peuples voisins, de la même race et de la même religion, par exemple dans les amphi-ctionies grecques et les confédérations étrusques, les règles le plus hautement appréciables même de nos jours, constituaient la base et le fondement des relations entre diverses cités.

Ainsi s'explique cette idée d'Agesilas : « dès qu'un pacte est utile à la patrie, il est bon de l'accomplir » ; et celle d'Aristote qui disait, « les cités grecques réunies ont le droit de marcher ensemble à la conquête des barbares... ce droit devient un devoir dès qu'il est appuyé sur une force qui fait espérer le succès ». La justification qu'Aristote donnait pour l'esclavage tirait sa base de cette même constatation qui acceptait la supériorité de la race hellénique et disait qu'il y avait des hommes destinés dès la naissance, non pas à être servis mais exclusivement à servir, non pas à ordonner, mais à être sous le commandement d'autrui. Il ajoutait aussi, qu'il y avait « dans l'espèce humaine des individus aussi inférieurs aux autres que le corps l'est à l'âme, ou que la bête l'est à l'homme » (1). L'idée d'égalité juridique entre différents peuples n'était pas connue.

Bref, les éléments d'un droit international au sens actuel du mot manquaient. N'ayant ni loi commune, ni l'égalité de droit des diverses races ou nations, on vivait dans un monde instable.

Le but de notre étude historique est de revoir l'évolution du positivisme, et montrer que son origine ne date pas du XIX^e siècle, et qu'au contraire, monte bien au-delà.

(1) *La Politique* : livre 1^{er}, chapitre II, § 13.

En effet, comme nous venons de le voir, l'antiquité si elle a connu des liens juridiques, on ne peut les expliquer que par les principes du positivisme. Le droit naturel qui suppose l'égalité devant la loi, de toutes les races et les nations humaines, et l'universalité des droits découlant de la nature même des choses n'était pas encore le fondement des rapports entre les peuples. D'autre part, puisqu'il existait depuis les époques les plus lointaines des relations commerciales et spirituelles entre divers peuples, il y avait certainement des règles les organisant. Ces normes se basaient sur la religion et sur la force (1). La religion étant trop restreinte et ne dépassant pas le cadre de la cité, seule la force restait comme arbitre suprême. On se battait jusqu'à l'épuisement des forces, jusqu'à la destruction des villes et finalement ce qui réussissait à tenir longtemps imposait sa volonté. C'est la paix. Cet état de choses durait jusqu'au jour où les intérêts du vainqueur l'exigeait, ou bien jusqu'à ce que le vaincu se ressaisit et se jette sur le vainqueur, pour prendre sa vengeance et sauver son honneur. Cela est vrai pour tous les peuples : les Israélites, les Assyriens, les Perses, les Romains, les Grecs, les Carthaginois tous pratiquèrent les mêmes cruautés au nom du droit du plus fort.

Nous n'irons pas jusqu'à dire que les positivistes de l'époque contemporaine veulent permettre avec leur système la pratique de pareilles monstruosité. Non, notre intention est loin de là. Seulement puisque dans leur système la domination de la force est presque inévitable, et celle-ci est au service de l'intérêt de celui qui l'emploie, il est à redouter que les anciennes sauvageries ne renaissent du jour au lendemain.

(1) Verdross : *Le fondement du droit international*. Cours de La Haye 1927, tome 16, page 263.

CHAPITRE II

LA DOCTRINE CHRETIENNE CONTRE LE POSITIVISME

L'avènement du christianisme et l'élaboration de la doctrine chrétienne est un très grand événement qui apporta une conception plus large de l'esprit d'égalité et de fraternité humaine : point de juifs, ni de grecs, d'esclaves, ni d'hommes libres de sexe masculin ou féminin : tous vous êtes un en Jésus-Christ. (Saint Paul) (1). L'importance de cette affirmation est indéniable. En effet, si on pense que dans l'époque précédente, il n'y avait que les stoïciens qui soutenaient pareilles thèses, on comprend le rôle que va jouer la nouvelle doctrine. A l'origine, la doctrine chrétienne n'eût pas de signification juridique ou politique, mais seulement morale. Le principe de la charité, de l'amour du prochain, de la fraternité chercha tout d'abord à reformer et purifier les consciences. Mais bien que la doctrine du Christ soit essentiellement apolitique, elle ne tarda pas à exercer son influence sur la politique et sur les sciences. Jésus avait dit : « Je ne suis pas venu pour être servi, mais pour servir. Mon règne n'est pas de ce monde. Donner à César ce qui appartient à César et à Dieu ce qui est à Dieu ». Ces paroles très nettes du fondateur de la

(1) E. Brehier : *loc. cit.*, page 495 ; voir aussi J. Muller : *L'œuvre de toutes les confessions chrétiennes pour la paix internationale*. Cours de La Haye 1930, tome 31.

religion n'empêcheront pas, par la suite, les Papes et les Canonistes de prétendre la supériorité de l'Eglise sur l'Etat, et ils iront même jusqu'à vouloir subordonner l'Etat à l'Eglise. D'où naîtront des querelles interminables qui gâcheront, pour un certain temps, la très grande œuvre commencée par le Christ.

La première conséquence de la nouvelle doctrine fut la fusion entre le droit et la théologie. Le droit est considéré comme un commandement divin. L'Etat lui-même, est une institution divine. *La volonté divine nous est connue non pas par raisonnement, mais par révélation.* C'est un point très important. Il n'y a pas de démonstration. Il faut croire et accepter par la foi. La doctrine aristotelicienne faisait découler le droit de la nature humaine. Le christianisme le fait venir de la volonté divine. Cela prouve que malgré le grand changement survenu, la phase religieuse de la science juridique continue. Mais dans l'antiquité classique, l'idée religieuse était particulariste; elle divisait les hommes. Tandis que dans la conception chrétienne une religion à vocation universelle veut unir le genre humain : « Dans la loi du Christ tous les hommes sont égaux, non certes comme mérite ou comme talent, mais par nature, en ce sens que tous sont appelés à une même fin... car chaque homme a une fonction à remplir, et l'étymologie de certains mots d'origine chrétienne nous le dit bien haut sans que nous y pensions : *défunt* vient de *functus*, qui a achevé sa fonction » (1).

Comme on le voit, le christianisme est la première grande religion monothéiste qui prêche l'égalité de droit, et non pas de fait, de tous les hommes. La religion des Juifs aussi était monothéiste, mais, nous l'avons dit précédemment,

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 282.

au lieu d'appeler tous les hommes sous un même drapeau et au lieu de vouloir l'unité sous le signe d'égalité, elle connaissait une supériorité pour la « race » juive (1).

Donc par la conception d'égalité de droit admise pour tous les hommes, le christianisme avait écarté l'un des obstacles qui se dressait devant l'idée d'un droit international.

L'autre grand obstacle était l'idée de la supériorité du plus fort. Tant que la force sera considérée comme créatrice d'ordre et de droit, on tombera toujours dans la plus destructive des anarchies. Autrement dit, le droit, sans une base qui dépasserait la volonté humaine, sans un fondement imbu des idées morales, restera fatalement sous la domination et l'arbitraire du détenteur de la plus grande force matérielle, c'est-à-dire la plus grossière et la plus brutale.

L'idée du droit naturel exclut la force comme créatrice du droit. Il la connaît non pas comme ordonnateur, mais comme un serviteur de la justice. Ce fut la doctrine des Pères de l'Eglise et des canonistes qui donna au droit naturel sa portée réelle et grandiose. Avec le christianisme, la supériorité de la loi naturelle sur la loi positive est mise en lumière.

Deux hommes surtout, Saint Augustin et Saint Thomas d'Aquin, feront faire à cette notion un progrès immense. Ces deux penseurs n'étaient pas les seuls engagés dans cette voie : Origène, Tertullien, Saint Jérôme, Saint Ambroise, et d'autres encore étaient arrivés à l'égard du droit naturel, à une conception qui correspond étroitement à la doctrine d'Aristote et de ses disciples. Il faut ajouter à ces noms illustres, celui d'Isidore de Seville qui nous donna

(1) P. Fiore : *loc. cit.*, page 8.

la division célèbre du droit, en droit divin, humain, naturel, des gens et civil.

Sous la poussée de ses hommes, la « doctrine chrétienne, exposait d'abord à l'occasion des relations entre l'individu et l'Etat, mais dont il était si facile de prévoir les applications possibles aux relations internationales qui a transformé le monde en lui apportant à la fois le serment nécessaire, la charité, l'amour du prochain, si inconnues au paganisme, et un criterium objectif du bien et du mal, d'où découlait en droit la mesure du juste et de l'injuste » déclare Le Fur (1).

Les idées ne sont jamais sans rapport avec les faits. Cela est vrai pour tous les lieux et pour tous les temps. Une première constatation de cette déclaration nous est donnée par la doctrine chrétienne. En effet, sous l'influence que celle-ci a exercé sur les consciences et les esprits des hommes, le moyen âge n'a pas connu la même instabilité et les mêmes cruautés que l'époque précédente; ni le même arbitraire que le tenant de la plus grande force matérielle exerçait dans l'antiquité païenne. « Au milieu des ténèbres qui suivirent la chute de l'empire d'Occident, apparaissait à Rome une lumière. C'était l'Eglise » (2). La monarchie spirituelle de l'église chrétienne réussissait en effet, à tempérer les désordres grossiers de la société moyenâgeuse, grâce à son pouvoir moral (3).

L'autorité du Pape agissait d'une manière heureuse sur l'humanité. Comme le dit Wheaton, « elle sauva l'Europe de la barbarie » (4). Dans le chaos du morcellement féodal,

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 286.

(2) J. B. Scott : *Le progrès du droit des gens*, 1934.

(3) G. Goyau : *L'Eglise catholique et le Droit des gens*. Cours de La Haye 1926, t. 6, page 162.

(4) Wheaton : *Histoire des progrès du Droit des gens*, 1865, p. 32.

les hommes éprouvaient un grand besoin de protection. Michelet trace le tableau déclinant de cette époque en des termes très éloquents : « La division se subdivisa, le grain de sable aspira à l'atome. Chacun se fixa en s'isolant. Celui-ci percha avec l'aigle, l'autre se retrancha derrière le torrent. L'homme ne sut bientôt plus s'il existait un monde au delà de son canton, de sa vallée. Il prit racine et s'incorpora à la terre » (1).

Dans la conception de l'Eglise, cet état de choses ne pouvait pas durer. Le christianisme veut l'unité et déteste la division. L'Etat est un organisme nécessaire pour la réalisation du bien commun. C'est pourquoi l'Eglise aida les rois qui ne lui disputaient pas le plus haut pouvoir et se soumettaient à sa protection.

D'autre part, en abolissant l'ancien précepte païen : *Tu haïras ton ennemi*, la religion chrétienne supprima une grande cause de querelles et d'inégalités. Le nouveau commandement était d'une toute autre nature que le précédent, on disait : *Aimez vos ennemis*.

La tâche ne fut pas aisée et vite accomplie. L'inimitié séculaire des diverses races était profondément enracinée. Cependant, malgré tout, grâce à la propagation universelle de la nouvelle doctrine, c'est au moyen âge que commence un rapprochement, suivi des conséquences heureuses pour le genre humain tout entier.

Autant que le pouvoir spirituel qu'exerçait le christianisme sur la morale des hommes resta intact, la religion joua un rôle de première importance. Les princes recouraient souvent à l'arbitrage des Papes. De ce fait, on se rapprochait de jour en jour d'une idée de communauté englobant tous les hommes, sans distinction de race ni de

(1) Cité par E. Nys : *Les origines du droit international*, page 13.

couleur. La naissance d'un droit international basé sur un fondement qui dépasse la volonté humaine ne fut possible que grâce aux travaux des théologiens juristes. Saint Thomas avait déjà posé les règles concernant le droit de guerre. Plus tard, l'école espagnole continua l'œuvre du maître, avec Vitoria et Suarez.

La phase religieuse du droit international prend définitivement fin avec Grotius. Celui-ci comme nous allons le voir, ne créa rien de nouveau. Il ne fit que développer, systématiser et continuer ce qu'on avait commencé à faire avant lui.

CHAPITRE III

LA DOCTRINE DU CONTRAT SOCIAL AU MOYEN AGE

Pendant tout le moyen âge, la doctrine dominante était celle des théologiens. Mais bien qu'elle soit de moindre importance, et d'une ampleur beaucoup plus réduite, une autre thèse, qui se rapprochait du positivisme, fut soutenue par des esprits très vifs. La théorie du contrat social qui fut développée est poussée à fond au XVII^e et XVIII^e siècles, était émise à l'époque médiévale, contre les prétentions de l'Eglise. Celle-ci, nous l'avons constaté, voulait exercer un pouvoir direct et absolu sur tous les hommes ainsi que sur les Etats. Mais comme la souveraineté du Prince était atteinte par cette doctrine, une réaction se produisit parmi les Princes. D'ailleurs les souvenirs de l'empire romain n'étaient pas encore effacés des esprits; on se souvenait que Rome était le type de l'Etat universel, « l'Etat par excellence ». Les légistes impériaux s'attaquèrent à la théorie du pouvoir direct et y épuisèrent tout leur zèle.

I

Dante

Le premier auteur qui a voulu démontrer que la souveraineté du prince venait directement de Dieu, fut Dante Alighieri (1265-1321). Dans son livre intitulé *De la Monarchie*, il prend en main les arguments de l'église et les rejette un à un.

Le but de Dante est l'établissement définitif de la paix. En effet, il déclare que « La paix universelle est le meilleur de tous les moyens qui peuvent nous procurer le bonheur » (1). La fin à atteindre pour l'homme est donc *le bonheur*. Pour arriver à ce résultat, l'individu se soumet à son intelligence. C'est-à-dire, dans le corps humain, il y a un organe qui commande aux autres.

Si on prend en considération non seulement l'individu unique, mais une famille, un village, une cité, partout il est indispensable que le levier de commandement se trouve entre les mains d'un seul agent. « Le contraire se produit-il, déclare Dante, non seulement la fin de la vie sociale est perdue, mais la cité elle-même disparaît » (2). Bref, « tout royaume divisé est perdu ».

L'observation de la nature nous révèle d'autre part que la partie a sa fin et sa perfection dans le tout. Dans la société humaine, l'ordre partiel doit dépendre de l'ordre total. Qu'est-il le genre humain dans l'univers ? Une partie. Il doit donc s'adapter au tout, c'est-à-dire à l'univers. Celui-ci est caractérisé par son Prince qui est Dieu. L'humanité aussi, à l'exemple de l'univers, doit posséder un prince.

Ainsi Dante conclue à la nécessité de la Monarchie pour le « bon état du monde ». Il donne d'ailleurs d'autres arguments pour prouver que la seule forme de gouvernement conforme à la nature même est la monarchie.

Cette monarchie qui sera unique pour tout le genre humain n'est, dans la pensée de Dante, qu'autre que l'Empire romain. Il cherche à expliquer que le peuple romain n'arriva pas à dominer le monde entier par la force des

(1) *De la Monarchie* : page 88 ; traduction : B. Landry, Paris, Alcan 1933.

(2) *De la Monarchie*, page 90.

armes, mais en s'appuyant sur son droit providentiel. Si Rome gouverne le monde, c'est parce que la providence l'a voulu.

Le droit pour Dante, c'est la volonté divine. Et tout ce qui n'est pas conforme à cette volonté est contraire au droit. Pour savoir si une chose est faite conformément au droit ou non, il faut chercher si on a agi suivant la volonté divine. Le peuple romain a, selon Dante, agi conformément au droit en établissant sa monarchie sur toutes les nations, car Dieu a voulu que les Romains gouvernent le monde (1).

Il y a une phrase très significative dans *De la Monarchie*, de Dante : « Le peuple qui triompha de tous les autres dans la lutte pour le gouvernement du monde, a triomphé par jugement de Dieu » (2). Par cette idée, Dante adopte un point de vue déterministe et historiciste. Nous allons retrouver la même conception chez Hegel. Dante utilise cette idée comme un argument pour justifier la domination par la force.

Au sujet des relations de l'empereur et du Pape, Dante se pose cette question : « on se demande si l'autorité du monarque romain, qui est légitimement le monarque du monde... dépend immédiatement de Dieu ; ou bien s'il dépend de Dieu par l'intermédiaire de quelque vicaire ou ministre de Dieu... » (3).

Des gens qui affirment que l'autorité de l'empereur dépend de celle de l'église commettent une grave erreur. Dante prenant en main les arguments des pères de l'église les refute un à un, et finalement conclut que l'autorité de l'empereur vient directement de Dieu. Les deux pouvoirs

(1) *De la Monarchie*, page 118.

(2) *De la Monarchie*, page 138.

(3) *De la Monarchie*, page 154.

sont indépendants l'un de l'autre. La providence a donné à l'homme deux fins à poursuivre : le bonheur de *la vie présente*, le bonheur de *la vie éternelle*. Le souverain Pontife a la mission de conduire les hommes à la vie éternelle. L'empereur s'occupera des affaires temporelles. Ainsi Dante croit démontrer, tout d'abord la nécessité de la monarchie universelle, ensuite la légitimité de la domination romaine, et enfin la dépendance immédiate du monarque à l'égard de Dieu.

Dans la doctrine de Dante, le droit découle de la volonté. La source première de toute chose ainsi que du droit est la volonté divine. Mais, comme Dieu est représenté par l'empereur, le droit est pratiquement créé par celui-ci. C'est-à-dire sur le plan temporel la volonté du monarque est le souverain juge. Ce qui amène Dante à cette conclusion, c'est son amour pour l'unité : *Maxime est maxime unum et maxime unum est maxime bonum* (1).

Dante a étudié la société humaine scientifiquement. Il n'a vu que le côté extérieur de l'homme. Il a parlé de l'homme comme on parle des astres. Cela fut son erreur. Il fallait voir l'originalité de l'humanité. Dante a traité l'homme comme une chose, un être purement matériel. Il a oublié ou n'a pas vu que l'homme avait aussi une vie intérieure.

II

Marsile de Padoue

L'auteur qui a développé l'idée du contrat social fut Marsilius de Padoue qui était recteur de l'Université de

(1) Cité par Barcia Trelles : *Francisco de Vitoria et l'Ecole Moderne du Droit International*. Cours de La Haye 1927, t. 17, p. 137.

Paris. Son livre portait le nom de *Defensor Pacis*. Il l'avait écrit en 1324. C'était un ouvrage fait pour prendre la défense de Louis de Bavière qui était excommunié par le Pape.

Le point de départ de Marsilius de Padoue était la doctrine aristotélitienne. Seulement sa conception du droit naturel se différait de la signification que la philosophie grecque et thomiste l'avait attribuée. Pour Marsilius « au droit naturel se rattachait la conception d'un état de nature » (1) dans lequel les peuples vivaient dans un désordre insupportable, suite de la « chute originelle ». Les hommes ne pouvant plus continuer à vivre dans cet état d'insécurité, voulurent rétablir l'ordre. Ils confièrent au prince le soin de s'occuper de l'organisation de la société. De là naquit le contrat par lequel le peuple a transmis le pouvoir souverain aux mains d'un seul homme.

C'est dans le *Defensor Pacis* que la première fois fut mise en relief la doctrine de la souveraineté du peuple. Le Prince est tenu de l'observation des lois. Il est même prévu un châtimement pour le cas où celui-là les transgressera.

M. Del Vecchio dit que, pour Marsilius, la plus grande cause de trouble parmi les hommes était la Papauté. Le développement du pouvoir temporel du Pape est le résultat d'une série d'usurpations. Le chef de l'Eglise ne doit avoir aucune juridiction sur les sujets du Prince. Seul celui-ci possède « une juridiction légitime sur tout ce qui se passe dans le domaine de l'Etat, et donc sur les fonctions du culte et les pratiques religieuses » (2).

Marsilius va même jusqu'à demander la subordination de l'Eglise à l'Etat. Pour lui il n'y avait aucune différence

(1) Krabbe : *loc. cit.*, page 533.

(2) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 51.

d'origine entre ces deux pouvoirs. L'Etat autant que l'Eglise est d'origine divine. Dieu a fait appel aux hommes pour la création de l'Etat (1).

Le Prince de Marsilius n'a pas un pouvoir absolu. La souveraineté appartient toujours au peuple. C'est seulement lui qui est le vrai législateur. Tout pouvoir émane de la nation. Elle ne le transfère pas d'une manière définitive (2). Ainsi le droit est créé par la volonté mais non pas par celle du Prince. C'est la volonté du peuple, c'est-à-dire la majorité qui crée le droit.

III

Guillaume d'Occam

Guillaume d'Occam (1270-1347), qui s'éleva lui aussi contre les prétentions de l'église était un « nominaliste ». A l'inverse des « universaux », les nominalistes s'insurgeaient au XIV^e et XV^e siècles contre les doctrines « anciennes » qui n'étaient que l'interprétation des idées d'Aristote et de Saint Thomas. M. E. Brehier déclare que avec les nominalistes, on se trouve « devant un esprit nouveau, qui déclare fictives toutes ses réalités métaphysiques que croyaient avoir découvertes les péripatéticiens et les platoniciens, qui se tient aussi près que possible de l'expérience et qui rejette dans le domaine de la foi pure inaccessible à toute communication avec la raison, les affirmations de la religion » (3). La connaissance primitive découle pour Guillaume d'Occam de l'intuition intérieure et extérieure qui est équivalente de l'expérience. Les données de l'expérience

(1) Krabbe : *loc. cit.*, page 535.

(2) P. Janet : *loc. cit.*, t. 1, page 460.

(3) E. Brehier : *loc. cit.*, page 719.

sont acceptées telles qu'elles sont. Aucun recours n'est nécessaire à la métaphysique pour les compléter.

Dieu ne nous étant pas connu intuitivement ses attributs ne sont pas davantage connus. Saint Thomas qui s'appuyait pour démontrer l'existence de Dieu sur les principes de causalité et qui disait « tout ce qui se meut est mû par un autre » (1), et que en remontant de la cause en cause, on devait nécessairement arriver à une cause première, fait fausse route. Parce que ce que déclare être vrai Saint Thomas, n'est ni évident, ni démontré. L'existence de Dieu, son infinité, etc. sont « de purs articles de foi » ; et « une foi aussi complètement extérieure et imperméable à la raison amène à considérer comme arbitraires autant qu'obligatoires les préceptes moraux qui viennent de Dieu » (2). L'obéissance que nous devons envers les volontés de Dieu ne prend pas source de la conformité à la raison, mais de la volonté même de Dieu.

Sur le point de savoir si c'est le Pape ou l'Empereur qui aura la suprématie, Guillaume d'Occam est très prudent. Dans ses longues et très enchevêtrées dialectiques, il cherche à cacher sa propre opinion. Mais, selon Paul Janet, on peut quand même dégager qu'au fond de ses lignes à l'apparence neutre, il y a l'idée d'Occam. Celle-ci est en faveur de l'indépendance des deux pouvoirs. Son principal argument est basé sur l'idée d'après laquelle le christianisme serait une loi de liberté. Si on accepte de connaître au Pape une puissance pleine et absolue alors tous les chrétiens seront esclaves du souverain Pontife. Or les chrétiens ne sont pas des esclaves puisqu'ils possèdent des biens temporels. A ceux qui déclarent que le Christ a délivré les chré-

(1) St Thomas : *La Somme Théologique* (Dieu existe-t-il).

(2) E. Brehier : *loc. cit.*, page 723.

tiens de la servitude du péché et non pas de toute domination, Guillaume répond que pour qu'une loi de liberté soit telle, il faut qu'elle s'oppose à toutes sortes de servitudes. Si la loi du Christ avait délivré les chrétiens d'une servitude pour en infliger une plus forte, elle ne serait pas une vraie loi de liberté (1).

Ainsi Guillaume d'Occam combat l'autorité absolue du Pape. Il rejette aussi le pouvoir arbitraire du Prince. Seulement l'absolutisme n'est pas tout à fait exclu du domaine de gouvernement. Dans l'esprit d'Occam, le souverain est le peuple, c'est-à-dire la majorité. Or, que ce soit le Pape, ou le Prince, ou la majorité, ils sont tous égaux. Autant que le droit sera créé par la volonté et quelque être, son fondement manquera de base solide.

IV

Duns Scot

Duns Scot est un des contradicteurs de la doctrine thomiste. Il affirme la primauté de la volonté sur l'entendement. Tout ce qui est voulu par Dieu est bien. Il n'y a pas de bien ou de mal en soi. Tout dépend de la volonté créatrice. Cette doctrine amène Scot à un autoritarisme complet en matière de politique.

La société est le résultat d'un contrat : « les hommes sont d'abord tous égaux ; mais ils ont, de plein gré, sacrifié leur indépendance à une autorité qui se sont donnés à eux-mêmes pour limiter les dangers que leur égoïsme leur faisait courir... ; cette autorité est dès lors toute puissante et sans contre poids » (2).

(1) P. Janet : *loc. cit.*, t. 1, page 455.

(2) E. Brehier : *loc. cit.*, page 714.

Le prince qui commande les sujets est tout puissant. *Il n'est tenu que de l'observation des lois positives. Mais ces lois ne sont instituées que par lui.* Aucun autre pouvoir n'est connu. La volonté du souverain est la source de tout droit et de tout devoir. Le système que propose Scot est le pur absolutisme où règne l'arbitraire d'un seul homme. Aucun critère supérieur à la volonté de celui-ci; il est le maître incontesté. On voit bien combien nous sommes déjà loin de la doctrine chrétienne exposée et soutenue par Saint Thomas. Le droit n'est que positif. C'est du pur positivisme à l'intérieur et à l'extérieur.

Il ne faut pas s'étonner devant ce résultat. Car une fois la volonté admise comme la seule source de tout droit, divin ou humain, la porte est largement ouverte à l'arbitraire et au règne de la Force. Qui dit volonté, dit positivisme; et qui propose le positivisme propose la soumission au plus fort.

V

La Réforme — Luther et Calvin

Dans le mouvement de la Réforme religieuse, une seconde réaction contre l'autorité de l'Eglise se manifesta entre les religieux. L'esprit critique qui avait déjà commencé à s'éveiller avec la renaissance se fait jour dans le domaine de la religion; « la conscience individuelle cherche à devenir indépendante, même dans le domaine de la foi ». Saint Thomas avait combiné le rationalisme des philosophes classiques avec la foi. Maintenant on désire s'émanciper complètement des obligations dogmatiques traditionnelles: « la conscience individuelle tente de raffermir son autonomie » (1).

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 55.

En effet la Réforme est un mouvement individualiste. Jusque là la doctrine chrétienne prêchait la nécessité de l'unité et du rétablissement de l'ordre dans le sein de la société sans lequel il n'y a aucune paix durable (1). Avec la nouvelle conception, on est sur le seuil d'un dualisme qui durera par la suite jusqu'à nos jours. D'une part, l'ancienne théorie soutenue par Saint Thomas poursuivra son développement et prendra un aspect purement philosophique. De l'autre côté, la doctrine de Luther, très favorable au volontarisme positiviste, s'introduira dans le domaine juridique sous divers aspects. Les juristes allemands furent, mieux que tous autres, les fidèles représentants du fondateur du protestantisme et de l'individualisme. De ce fait, l'influence qu'a exercé la Réforme sur les pensées, dans le sens de l'autonomie de la volonté humaine, fut très grande. Dans le domaine politique, le mouvement luthérien soutient l'Etat contre « l'Evêque de Rome ». Luther disait que l'Eglise et l'Etat, tous les deux sont des institutions divines (2). Ils ont des sphères d'actions distinctes. L'Eglise a pour mission de s'occuper des affaires spirituelles. Pour Luther, « le royaume du Christ est nettement séparé du royaume du monde, et la sphère où domine le droit n'a rien à voir avec celle où règne l'Evangile » (3).

L'Etat étant d'origine divine et ayant pour mission de faire régner l'ordre entre les hommes, Luther a envers lui un profond respect. Il interdit la résistance contre le Prince. Voici, ce qu'il déclare à ce sujet : « d'après l'écriture

(1) Allier : *Les jurisconsultes de la Réforme et l'évolution du droit international*, page 4 ; publication Carnegie 1928-1929.

(2) Marc Boegner : *L'influence de la Réforme sur le développement du droit international*. Cours de la Haye 1926, tome 6, p. 264.

(3) Boegner : *loc. cit.*, page 265.

sainte, aucun chrétien n'a le droit de résister à l'autorité, soit qu'elle agisse justement soit qu'elle agisse injustement; mais le chrétien doit subir la violence et l'injustice » (1).

D'autre part Calvin aussi insiste sur l'idée d'égalité des deux pouvoirs. « Ce sont, dit-il, deux yeux ou deux bras que dirigent une même tête, le Christ » (2). La loi de l'Etat et de l'Eglise est la même : c'est la loi de Dieu.

Chez le réformateur Genevois, il y a une conception de droit de nature. Ici, apparaît de nouveau l'idée du contrat. Le peuple se soumet à la souveraineté du Prince par sa propre volonté.

D'après M. Boegner, l'idée du contrat se retrouve dans toute la théologie réformée. L'Eglise même se base sur le pacte : « il y a contrat entre Dieu et les hommes, comme il y a contrat entre les hommes » (3). Seulement, selon M. Boegner, il ne faut pas confondre le contractualisme de Marsile de Padoue, d'Occam, de Nicolas de Cusa et de Rousseau, avec celui de Calvin. Pour ce dernier l'homme n'a jamais vécu à l'état isolé. Il a toujours été en société (4).

Avec la Réforme l'autorité de l'Eglise, l'idée de l'unité reçoit le coup le plus dur. Cette scission entre les religieux eut pour effet d'affaiblir le pouvoir du Pape. Désormais, il n'y a aucun obstacle devant la tyrannie que l'Etat voudra toujours exercer dès qu'il sera en mesure d'imposer par la force sa volonté arbitraire.

(1) Ibid., page 266.

(2) Ibid., page 270.

(3) Ibid., page 274.

(4) Ibid : page 274; voir sur la Réforme (Denifle : *Luther et Lutherianisme*, Paris 1912, page 247, tome III).

CHAPITRE IV

LE POSITIVISME A L'EPOQUE MODERNE

La Réforme, à part l'influence de sa propre doctrine, exerça une grande action indirecte sur l'évolution des idées. L'autorité de l'Eglise avait pour conséquence de faire considérer le droit comme ayant une origine antérieure à l'homme et à la société. La religion ne se basait pas sur la démonstration rationnelle, mais sur la foi. Dieu est le créateur unique. Toute chose, ainsi que l'autorité et le pouvoir, vient de lui. Une fois l'autorité du Pape brisée, les Etats cherchèrent des arguments providentiels, historiques et enfin rationnels pour légitimer leur propre pouvoir. D'une part, on disait que le roi tenait son royaume directement de Dieu. De ce fait, le Prince étant le représentant du Seigneur, tout puissant, il ne doit compte à personne sur la Terre. C'est une explication dogmatique de l'absolutisme.

D'autre part, les idées s'étant émancipées, les philosophes cherchent le moyen d'expliquer le problème de la connaissance par une méthode rationnelle.

François Bacon et René Descartes apportèrent dans ce domaine, de nouvelles méthodes. Le premier partant du doute voulait arriver à la *certitude*; le second se basant sur une vérité démontrée (*Cogito ergo Sum*) en fait découler les autres principes (1). La méthode expérimentale attirait la préférence de Bacon, tandis que le raisonnement logi-

(1) E. Brehier : *loc. cit.*, tome II, page 24.

que guidait Descartes. Bref, ces deux auteurs avec leurs systèmes respectifs, constituèrent les têtes de chapitres de deux courants traditionnels qui, loin de se comprendre, continuent sous leurs nouvelles formes à être défendus avec plus d'ardeur et de subtilité que dans les époques précédentes.

1

Machiavel et Bodin

Au XVI^e siècle, deux juristes — il faut plutôt dire politiciens — Nicolas Machiavel et Jean Bodin, attirent notre attention. Mais ni l'un ni l'autre ne doivent être considérés comme positivistes.

Machiavel s'occupa plutôt de la pratique politique que de la philosophie du droit (1). Dans son livre *Le Prince*, il est inutile de chercher un système juridique. On y trouve surtout des conseils au Prince. Tout est permis pour arriver au but. Aucune considération morale ne doit gêner le Prince dans sa marche vers la conquête du pouvoir. Machiavel est un opportuniste. De ce fait, il ne faut pas s'efforcer de découvrir chez lui des idées et des principes stables. Il faut l'étudier en tant que politicien, et non en tant que juriste.

Jean Bodin bien qu'il soit partisan de l'absolutisme, ne doit pas être classé parmi les positivistes. Car il croit en l'existence d'un droit naturel et divin. Le Roi possède une autorité absolue. Mais il est tenu de respecter la loi de Dieu. Voici ce qu'il déclare à ce sujet : « Tout ainsi que les contrats et testaments des particuliers ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ny les édits des magistrats aux coutumes, ny les coutumes aux loix générales d'un prince

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 57.

souverain; ainsi les loix des Princes souverains ne peuvent altérer ny changer les loix de Dieu et de la nature » (1).

II

Hobbes

L'un des philosophes et juristes les plus connus du XVII^e siècle est sans doute Thomas Hobbes (1588-1679). Quand nous avons commencé à parcourir les pages de son célèbre ouvrage *Le Leviathan* (2), nous fûmes frappés par sa clarté et par l'esprit de précision de son auteur. Les problèmes les plus ardues de la connaissance humaine y sont expliqués d'une manière pénétrante et, à vrai dire, dans une certaine mesure, convaincante. On est à ce point effrayé qu'on n'arrive à s'empêcher de se demander si vraiment des pensées aussi profondes peuvent être développées sans aucune trace d'obscurité.

Le point de départ de la philosophie de Hobbes se trouve dans cette affirmation : chacune de nos pensées est une représentation de quelque qualité d'un corps extérieur à nous (3).

D'après cette affirmation toutes les conceptions de l'esprit humain proviennent primitivement des organes des sens. La sensation est un mouvement qui est causé par l'action des choses extérieures en nous. Le sentiment que nous gardons après la sensation n'est autre chose que l'imagination (4). Lorsque la sensation passe du cerveau au cœur elle

(1) *Les six livres de la République*, 1576, chapitre 9, cité par Verdross : *Règles générales du droit international de la Paix*, 1930. Cours de la Haye, tome 30, page 290.

(2) Traduction française par R. Anthony, Giard éditeur, 1921.

(3) *Leviathan*, première partie, chapitre 1, page 11.

(4) *Loc. cit.*, chapitre VI, page 65.

devient plaisir ou douleur par rapport à la personne, et amour ou haine par rapport à l'objet de la sensation. Le sentiment qui nous attire d'un objet aimé s'appelle le désir, et le sentiment qui nous pousse à nous en éloigner s'appelle crainte. Notre esprit est parfois partagé entre ces différentes sortes de désirs ou de craintes (délibération), mais à la fin il y en aura un qui prévaudra et son extériorisation se manifestera par ce qu'on appelle *la volonté*.

L'homme a une tendance naturelle à s'approcher de ce qui plaît; par contre, il a une aversion envers ce qui lui inspire une crainte. Le bien est ce qui plaît à l'homme, et le mal ce qui lui déplaît. L'amour du bien et l'aversion du mal sont des faits nécessaires, donc conformes à la raison. Tout ce qui n'est pas contre la raison est juste et légitime. Or, l'accomplissement de tout acte juste est un droit. Car *le droit est la liberté que possède l'homme d'user de ses facultés selon la droite raison*. Par suite on a le droit de poursuivre le bien et de fuir le mal. En ce qui concerne l'homme le plus grand bien consiste pour lui dans sa *conservation*.

D'autre part, de part la nature, tous les hommes sont égaux. Malgré qu'il existe des différences de forces matérielles ou spirituelles, les unes compensant les autres, à la fin on arrive à avoir une égalité complète. Le plus fort n'est pas le plus intelligent. Quelqu'un qui a une faible force musculaire possède un esprit vif et il arrive à se conserver grâce à la ruse ou à une entente avec ceux qui se trouvent dans les mêmes conditions que lui.

De cette égalité de capacité résulte une égalité de l'espoir de parvenir au but poursuivi. Dans le cas où deux hommes désirent avoir le même objet et que celui-ci est insuffisant pour satisfaire les deux à la fois, ces derniers deviennent ennemis. La possession de cet objet étant indispensable pour la conservation de chacun il faut que l'une de ces deux

personnes se retire. Mais aucune des deux ne se résignera ou ne pourra se résigner si l'objet voulu est un besoin de sa propre conservation.

Alors, de cet état de choses naîtra fatalement une guerre qui continuera jusqu'à la mort de l'une des parties. Même dans ce dernier cas, le survivant n'arrivera à établir sa propre sécurité parce qu'il est toujours possible qu'un autre viennent lui enlever ce que celui-ci a pu s'emparer. Mieux vaut alors de prendre le devant et réduire autant de personnes que l'on peut et cela « jusqu'à ce que l'on ne voit plus autour de soi de puissance suffisamment grande pour constituer un danger » (1). Ceci est un droit pour tout le monde car il ne dépasse nullement les exigences de sa propre conservation.

Dans une telle ambiance « il y a toujours guerre de chacun contre chacun ». D'après Hobbes, la guerre ne consiste pas seulement à se battre l'arme en main. Elle existe aussi longtemps que la volonté de se battre est suffisamment avérée. Il y a guerre pendant tout le temps qu'on n'a pas l'assurance de la paix : tout autre temps que la guerre est la paix (2).

Les inconvénients de cet état de guerre perpétuel sont évidents. Il n'y a aucune difficulté à les discerner. Aucun progrès humain ne sera possible dans une atmosphère d'insécurité et de crainte de mort. Selon les propres termes de

(1) *Leviathan*, chapitre 13.

(2) Devant cette affirmation de Hobbes qui est un auteur du XVII^e siècle, le rappel des événements de la période qui a suivi la grande guerre nous démontre l'exactitude des vues de l'auteur de *Leviathan*. En effet, toute la période d'après guerre est pleine des craintes, de l'insécurité et de la recherche d'un équilibre pour créer une ambiance confiante que l'on pourrait vraiment appeler la paix. Hélas après 20 années d'efforts nous nous trouvons encore au commencement de cette œuvre difficile.

Hobbes, « la vie est solitaire, pauvre, grossière, abêtie, et courte ». Bref, il n'y a pas de société. Comment sortir alors de cette vie pleine de dangers ? Heureusement il y a chez l'homme des passions qui l'incitent à la paix. Ce sont la crainte de mort et le désir des choses nécessaires pour bien vivre. Ces deux passions, aidées par la raison qui « suggère des articles de paix convenables » sur lesquels les hommes peuvent être amenés à s'accorder. Le terme « articles de paix » désignent, ce que Hobbes appelle : les lois de nature.

Le droit de nature (*jus naturale*) « est la liberté que chacun a d'user de sa puissance comme il l'entend, pour la préservation de sa propre vie » (1).

Il faut faire une distinction entre droit et loi. Le premier donne la faculté d'agir; le seconde ordonne. La loi fondamentale de nature est un précepte ou une règle générale de raison d'après laquelle « chacun doit chercher la paix par tous ses efforts quand il y a l'espoir de l'obtenir », et quand il ne peut pas l'obtenir, il lui est loisible, d'après le Droit de nature, « de rechercher tous les moyens qui peuvent l'aider et le favoriser dans la guerre et d'en user ».

Cette première loi ne résout pas le problème. Mais il y a une deuxième loi qui est plus importante que la précédente et qui est le point le plus caractéristique du système formulé par Hobbes : c'est la conclusion du contrat social. Voici cette loi telle qu'elle est énoncée dans *Le Leviathan* : « Qu'on consente, quand les autres sont aussi consentant et cela aussi loin que l'on pense que c'est nécessaire à la paix et à sa propre défense, à renoncer à ce droit sur toutes choses et à se contenter de la même liberté à l'égard des autres que celle que l'on accorde aux autres à l'égard de soi » (2).

(1) *Loc. cit.*, chapitre 14.

(2) *Loc. cit.*, chapitre 14, page 214.

Ainsi tous les hommes renonceront de plein cœur à leurs droits respectifs et la liberté de chacun sera limitée par la liberté de son voisin. Comme ce renoncement est mutuel, l'égalité naturelle n'en souffrira pas.

Il reste encore une question peut-être la plus importante à régler : l'efficacité du contrat ainsi intervenu. Pour assurer l'exécution du contrat social, il faut qu'il existe une puissance supérieure aux parties contractantes (1). Sans cela en cas d'inobservation du pacte, on sera automatiquement retourné à l'état antérieur qui n'est autre qu'un état de guerre perpétuel. Justement, c'est pour éviter cette guerre qu'on a conclu un contrat. Il faut donc qu'à tout prix une puissance exerce le pouvoir suprême de commander et de châtier ceux qui violeront et voudront violer le pacte. De ce fait le pouvoir de la puissance souveraine doit être tout à fait absolu. Le renoncement doit être complet de la part des individus. Il n'est pas nécessaire que le détenteur de la puissance soit une seule personne. Hobbes n'est pas exclusivement monarchiste. Il est partisan de l'absolutisme. Que celui-ci soit exercé par un seul individu ou par une assemblée, cela n'a pas d'importance. Ce qui importe c'est le caractère absolu du pouvoir (2). Le devoir du détenteur de la puissance publique est d'assurer l'exécution des lois de nature. Les moyens pour y arriver seront choisis par le souverain.

Par l'effet du pacte, la multitude devient une personne. Cette personne c'est l'Etat. Celui-ci est le détenteur de l'autorité. Tout acte accompli par lui est sensé d'être fait par la

(1) Le contrat est conclu entre les membres de la multitude. Ceux-ci s'engagent les uns par rapport aux autres à ne pas résister à l'individu, ou au corps chargé de l'autorité souveraine. (Sur ce point voir Janet : *loc. cit.*, tome II, page 160.)

(2) P. Janet : *loc. cit.*, tome II, page 161.

multitude même. Celle-ci n'est pas une personne physique. Pour qu'elle la devienne, il faut quelle soit représentée par un homme (1).

Dans l'état de nature, l'individu était le propre juge de ses actes. Il déterminait lui-même ce qui est juste ou injuste; autrement dit il n'y avait ni juste ni injuste. Dans la société civile, l'Etat qui est l'héritier de tous les individus, est le seul juge. La seule justice consiste dans l'obéissance à l'Etat. Tout ce que l'Etat ordonne est juste et tout ce que l'Etat défend est injuste.

Que penser devant cette doctrine absolutiste ? Tout d'abord, le premier caractère qui frappe dans le système de Hobbes c'est qu'il repose tout entier sur la volonté. L'état de nature découle de la nature des choses et de l'homme. La société au contraire est un état auquel on entre par un contrat, c'est-à-dire par la volonté. Le droit a une origine volontaire puisque avant la société, ce qu'on appelait le droit n'était pas un vrai droit. La personne qui détermine les droits de chacun, est le souverain. Tous les droits naturels étant cédés au Prince, personne ne possède aucun droit, si celui-ci n'est accordé par le souverain. Ainsi c'est un système tout à fait volontariste, positiviste et absolutiste.

III

Spinoza

Puisque nous venons d'étudier le système de Hobbes, il est juste de dire quelques mots sur la doctrine du hollandais Benoit Spinoza (1632-1677). Car lui aussi soutient la thèse du « droit de la nature » et par là lui aussi aboutit au « contrat social » qui mène directement à l'absolutisme et au positivisme.

(1) *Leviathan*, chapitre 16.

Le point de départ de Spinoza est un monisme absolu. D'après lui il n'existe qu'une seule substance *Deus sive natura* (Dieu est la même chose que la nature). Tout ce qui arrive dans le monde est l'expression de cette substance unique et de ce fait est absolument parfait. Dieu possède un droit absolu sur tout ce qui existe dans le monde. Le droit et la force sont identiques. Puisque tout ce qui arrive dans le monde fait partie de la substance unique, cette puissance appartiendra naturellement à toutes choses naturelles : chacun aura autant de droit que sa puissance (1). D'après Spinoza, le droit naturel est constitué par « les lois de la nature de chaque individu, selon lesquelles il est déterminé à exister et à agir d'une manière particulière » (2). Conformément à ce principe les petits poissons seront mangés par les grands.

L'homme qui est une partie de la nature est guidé de même par les lois de nature. Or, de part sa nature, l'homme n'est pas dirigé par sa raison, mais par ses passions. L'instinct qui domine chez celui-ci, comme tout être de la nature est l'instinct de sa *conservation*. *L'homme est l'esclave de ses passions*. Il ne peut rien contre elles. Au contraire, il agira selon leurs exigences, et se faisant l'homme est dans son droit. Dans l'état de nature, le droit naturel « ne défend ni les rivalités, ni les haines, ni la colère, ni la ruse, ni rien de ce que conseille la passion » (3). Il ne faut pas s'étonner devant cette affirmation, dit Spinoza, car la nature n'est pas renfermée dans les lois de la raison humaine qui n'ont rapport qu'à l'utilité et à la conservation de l'homme. L'homme n'est pas tout dans la nature. Il n'est qu'un grain de sable

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 68; Verdross : *Fondement du droit international*. Cours de La Haye 1927, tome 16, page 264.

(2) Paul Janet : *loc. cit.*, tome 2, page 250.

(3) *Tractatus politicus*, c. II, § 8; cité par P. Janet, tome 2, page 251.

dans l'immensité et l'éternité de la nature. L'ordre de la nature universelle est un tout; la raison humaine ne peut pas et ne doit pas exiger que tout se fasse selon ses propres préceptes.

La raison n'est pas dépourvue de toute efficacité. Pour des questions concernant l'homme, elle a son rôle. Par exemple, c'est elle qui apprend à l'homme que le meilleur et le plus utile moyen de vivre pour lui, c'est la société. Mais la nature est très forte. Elle ne permet pas que l'homme éteint ses passions. Alors il faut trouver un moyen efficace pour montrer à l'homme que s'il viole la paix sociale il sera puni et ce résultat lui sera nuisible. La recherche de ce moyen amena les hommes à céder leur droit, c'est-à-dire leur puissance, à la société, à l'Etat. Or, puisque la puissance est absolue dans son essence même, celle de l'Etat aussi sera absolue. Cette puissance sera absolue dans la mesure de la part cédée. *Les hommes ne peuvent pas se passer de tous leurs droits.* L'homme n'est pas un animal. La faculté qui le distingue des bêtes, c'est la liberté de penser. Ceci est un domaine dans lequel l'Etat ne peut pas intervenir. D'ailleurs, le but de l'Etat est d'assurer la liberté des individus. S'il ne fait pas ainsi, cela veut dire qu'il maintient l'état de nature. Or, on l'a justement instauré pour sortir de cet état. L'Etat qui n'arrive pas à faire cesser l'état de nature n'a de raison d'être. Son existence est désormais en danger. On peut le renverser. C'est donc dans l'intérêt même du souverain de gouverner avec sagesse et justice.

Donc c'est seulement en ce qui concerne leur action, que les individus cèdent leur pouvoir, mais non pour leurs opinions et leurs idées. Par exemple dans le cas où un individu considère qu'une loi est défectueuse, il peut le dire, mais il ne doit pas s'opposer à son exécution.

Le système qu'a élaboré Spinoza se rapproche beaucoup de celui de Hobbes. Ce dernier avait assigné comme seul but pour l'Etat le maintien de la paix, tandis que Spinoza veut arriver à la liberté par la paix.

Sans doute, la doctrine de Spinoza est meilleure que celle de Hobbes. L'auteur hollandais trace une ligne de conduite bien déterminée pour l'Etat. En effet celui-ci doit assurer la liberté de pensée de ses sujets. Mais malgré ce but, la méthode choisie par Spinoza nous amènera toujours à l'absolutisme et au règne de l'arbitraire. Une fois de plus la défectuosité de la méthode trouble la pureté de l'idéal.

CHAPITRE V

GROTIUS

On s'étonnera peut-être du fait que nous donnons une place dans un ouvrage destiné à l'étude du positivisme, au fondateur du droit international, au novateur et systématisateur d'un système de droit basé sur le droit naturel. Car une idée trop répandue présente Grotius comme un précurseur : il a, dit-on, laïcisé le droit naturel et créé le droit international. H. Krabbe voit en lui le fondateur de la philosophie moderne du droit (1).

La laïcisation du droit naturel n'est pas l'œuvre de Grotius. Il a des précurseurs en ce domaine. L'un d'eux, Gentilis (1552) avait déjà prononcé le mot d'ordre : « Taisez-vous, théologiens, en cette matière qui ne vous regarde pas » (2).

Quant à la création des règles du droit des gens, au siècle précédent, les travaux des théologiens avaient en ce sens accumulé les premiers et précieux éléments du droit de guerre. L'école espagnole avec Victoria et Suarez est le vrai précurseur du droit international. Ce droit ne comportait guère à ce moment que des règles concernant la guerre.

Le mérite de l'auteur hollandais, malgré qu'il ne soit le fondateur, est cependant très grand. Grotius est en effet, le premier publiciste qui a essayé, et réussi dans une certaine mesure, à synthétiser le droit naturel et le droit volontaire.

(1) *Loc. cit.*, p. 550.

(2) Le Fur : *Loc. cit.*, p. 299 ; H. Nezard : *Les fondateurs du droit international*, 1904, p. 86 ; Allier : *loc. cit.*, p. 5.

De ce fait, le *De jure belli ac pacis* garde toujours sa valeur comme le premier et le plus complet ouvrage de systématisation de notre discipline. Dans cette œuvre grandiose « les nouvelles idées qui flottaient dans l'atmosphère de la pensée européenne depuis un siècle ou davantage étaient clairement exprimées, systématiquement disposées et logiquement appliquées à la réglementation des relations mutuelles des Etats » (1). On a vu même des Princes, comme ce fut le cas de Gustave Adolphe, qui emportaient avec eux dans leurs campagnes, le livre de Grotius à côté de l'Evangile. Dans les Universités allemandes, les chaires furent créées pour expliquer la doctrine de l'auteur hollandais. Ces faits nous démontrent bien la portée de l'influence qu'a exercée Grotius.

Mais la plus grande importance du rôle de Grotius réside dans ce fait qu'après lui deux courants essentiellement différents l'un de l'autre, comme le positivisme et le droit naturel, se déclarèrent l'un et l'autre le continuateur de Grotius. D'où venait cet état de choses ? C'est que Grotius a voulu créer un système équilibré ayant à sa base un principe supérieur à la volonté humaine (le droit naturel) sans oublier la part du droit humain, œuvre des hommes (le droit positif). Après lui ces deux écoles se développeront indépendamment l'une de l'autre et tomberont dans l'excès à tel point qu'aujourd'hui, comme l'a tenté Grotius au XVII^e siècle, certains juristes philosophes et réalistes veulent de nouveau réconcilier le naturel et le positif en voulant créer un accord entre *le fond et la forme* (2).

(1) Lawrence : *loc. cit.*, p. 25.

(2) Voir en ce sens les travaux de M. Louis Le Fur qui est le principal initiateur de cette école de droit objectif et réaliste.

Voici le système juridique de Grotius tel qu'il est présenté dans le *De jure belli ac pacis* :

Au début de son livre, Grotius nous informe sur ses intentions. Il veut examiner s'il y a quelque guerre juste et voir ce qu'il y a eu de juste dans une guerre. Quand il parle du droit de la guerre, il prend le mot de droit dans le sens de ce qui est *juste*. Le droit de la guerre est donc « ce que l'on peut faire sans injustice par rapport à un ennemi ». Est injuste ce qui se révèle contraire et nuisible « à la nature d'une société d'Êtres raisonnables ».

Le mot de droit possède une seconde définition : le droit est une qualité morale attachée à la personne, en vertu de quoi on peut légitimement *avoir* ou *faire* certaines choses. Ce droit peut être *parfait* ou *imparfait*. Le droit parfait renferme le Pouvoir, la Propriété, et la faculté d'exiger ce qui est dû. Le droit imparfait s'exprime par l'aptitude ou mérite par l'idée de ce qui est convenable.

Il y a un dernier sens du mot de droit. Dans cette dernière signification le droit est identique à la Loi. Celle-ci entendu dans le sens d' « une règle des actions morales qui oblige à ce qui est bon et louable ».

Il faut s'attacher au mot oblige. Car ici le droit n'est ni une faculté ni une aptitude. On est tenu de faire ou de ne pas faire. C'est la Loi qui trace la ligne de conduite sans nous laisser une liberté de décision. L'obligation créée par la Loi doit être dirigée en vue de la réalisation de ce qui est bon. Une chose peut être juste mais pas bonne. Cela ne suffit pas. De ce fait, il faut donner ici au mot juste une signification assez étendue pour qu'il englobe le bon.

Grotius se plaçant dans cette dernière considération du mot de droit reprend la classification d'Aristote et dit que la

meilleure division du droit ainsi entendue c'est celle qui sépare celui-ci en *Droit naturel* et en *Droit volontaire* (1).

Pour l'auteur de *De jure belli ac pacis*, le droit naturel « consiste dans certains principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable; et par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la nature ordonne ou défend une telle action » (2).

Le droit naturel entendu en ce sens est immuable, même Dieu n'y peut rien changer. Car les principes de ce droit sont obligatoires par eux-mêmes et non pas comme conséquences de la volonté divine. Ce caractère est un critère qui sert à distinguer le droit naturel à la fois du droit divin et du droit humain, tous les deux volontaires.

Ici, Grotius reprenant la doctrine thomiste, dit qu'il arrive parfois que certaines règles bien qu'elles ne soient pas nécessairement du droit naturel sont considérées comme telles parce que le droit naturel ne les condamne pas. Ce sont des choses que la raison fait regarder comme honnêtes, ou comme meilleures que leurs contraires.

Il y a certains principes qui au début furent établis par la volonté humaine, mais aussitôt qu'ils étaient établis ces principes furent considérés comme faisant partie du droit de nature. On peut citer comme exemple de cette catégorie de règle, celle qui concerne la propriété des biens (3).

L'influence de Saint-Thomas se fait sentir plus largement quand Grotius explique que certaines règles secondaires du droit naturel peuvent être l'objet des modifications en rapport avec le temps et le lieu.

(1) *De jure...*, traduction Barbeyrac, page 64.

(2) *De jure...*, page 64.

(3) *De jure...*, page 67.

Grotius n'admet pas la conception d'Ulpien qui faisait entrer dans le même cadre les animaux et les hommes. Il cite les auteurs anciens et relève chez eux des arguments permettant le refus d'un droit commun aux bêtes et aux hommes. Il y a, dit-il, deux manières de prouver qu'une chose est du droit naturel : par des raisons tirées de la nature même de la chose, c'est la méthode *à priori* ; par des signes extérieurs, c'est la méthode *à posteriori*.

Si *à priori*, on constate qu'une chose est du droit naturel, elle l'est nécessairement. Car ou bien une chose est conforme à une nature raisonnable et sociable, ou bien ne l'est pas ; il n'y a pas un moyen terme.

Quant à la déclaration *à posteriori*, dans ce cas, on arrive à dire qu'une chose est du droit naturel en se basant sur le fait qu'elle est regardée comme telle parmi toutes les nations, ou plutôt parmi les nations civilisées. Car ajoute-t-il, une opinion si générale ne peut guère venir que de ce que l'on appelle le sens commun (1). Ici aussi Grotius recourt au témoignage des auteurs comme Hésiode, Héraclite, Aristote, Cicéron, etc. Seulement, il ne faut pas se tromper sur la signification de cette dernière affirmation de Grotius. Tout d'abord, il dit que quand une chose est généralement reconnue comme étant du droit naturel, on n'est pas sûr qu'elle le soit en vérité. On conclut « avec beaucoup de probabilité » qu'elle l'est. Mais ce n'est qu'une conclusion, ayant une grande chance d'être vraie. Donc il n'y a pas une nécessité absolue, comme c'est le cas dans une constatation *à priori*, pour que la règle généralement observée soit du droit naturel.

(1) *De jure...*, page 71.

D'autre part, il faut que la norme sus-visée soit appliquée non pas chez n'importe quel peuple, mais chez les nations les plus civilisées. Par le terme de « la raison commune », il faut entendre la raison des gens « qui sont bien disposés selon leur nature, et non pas ceux dans lesquels il y a quelque chose de corrompue ».

Dans la conception de Grotius, le droit des gens n'a pas le sens qu'on lui a donné si souvent jusqu'ici. Ce droit, comme nous venons de le voir, peut faire partie du droit naturel s'il est conforme à la nature raisonnable et sociable de l'homme. L'usage général n'est pas suffisant pour déclarer qu'il est conforme au droit naturel. Du reste il est classé parmi les branches du droit humain.

Grotius avait divisé le droit en : naturel et volontaire. Nous avons vu le droit naturel. Le droit volontaire comprend le Droit Divin et le Droit Humain. Tous les deux tirent leur origine « de la volonté de quelque être intelligent ». Le Droit Divin volontaire est l'œuvre de Dieu. Ce qui le sépare du droit naturel c'est que en premier lieu, Dieu ne peut pas modifier le droit naturel et en second lieu, ce droit est Juste en soi. Quant au Droit Divin volontaire, il est Juste parce que Dieu le veut. Celui-ci a été établi en trois occasions pour tout le genre humain : après la Création, après le Déluge, sous l'Evangile. Un seul peuple privilégié possède un droit divin spécialement établi pour lui : le peuple hébreux. Moïse parle ainsi : « Y a-t-il quelque Nation aussi grande que la nôtre qui ait des Dieux aussi près, que l'est de nous le Seigneur, notre Dieu, toutes les fois que nous lui adressons nos vœux ? Y a-t-il quelque Nation si grande qui ait des constitutions et des lois justes, telle qu'est toute cette loi, que je vous propose aujourd'hui » (1).

(1) *De jure...*, page 77.

Parlons maintenant du droit humain : celui-ci est créé par les hommes. Il y en a de trois sortes : le Droit civil, le Droit moins étendu que le civil, le Droit plus étendu que le civil. Occupons-nous du dernier, à savoir le Droit humain plus étendu que le civil. Grotius entend par cette expression le Droit des gens. Ce droit « a acquis force d'obliger par un effet de la volonté de tous les peuples ou du moins de plusieurs ». Il arrive parfois que ce qui est du Droit des gens dans une partie de la Terre ne l'est pas dans l'autre. Ce droit n'est pas écrit, on le prouve par « la pratique perpétuelle et par le témoignage des experts ». Grotius ne laisse aucun doute sur la nature du Droit des gens. Il est volontaire. Il peut être conforme au droit naturel. Il peut aussi enfreindre la loi naturelle. Donc dans chaque cas un examen s'impose. Le critère est la conformité de la règle édictée par la volonté souveraine à la nature raisonnable et sociable de l'homme.

Quoi que ce soit, le droit des gens est une partie du droit civil. Il se rapporte toujours à des individus, les souverains (1). Le droit civil étant l'œuvre du souverain, il est nécessaire d'examiner dans quelles conditions et limites celui-ci exerce son pouvoir.

Le souverain est celui qui détient la puissance souveraine. Celle-ci peut appartenir ou bien à un corps ou bien à une seule personne. Le peuple est libre de se soumettre à un individu ou à un corps d'individus; il peut choisir telle forme de gouvernement que bon lui semble. Une fois le choix fait on ne peut plus y renoncer. Grotius cite ici le cas de l'Empereur Valentinien qui avait répondu aux soldats qui ne voulaient pas obéir en ces termes : « Il dépendait de vous, Soldats, de me choisir ou non pour Empereur, mais

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 319.

depuis que vous m'avez élu, ce que vous demandez dépend de moi et non pas de vous. C'est à vous d'obéir, comme étant mes sujets; et à moi de voir ce que j'ai à faire » (1).

L'auteur de *De jure belli* arrive finalement à cette conclusion que pour le bien de la société, il faut « s'arrêter à une seule Personne, ou une seule Assemblée, qui ne reconnaisse d'autre Juge que Dieu ». Les actes du souverain ne peuvent donc être annulés et jugés par aucune autre volonté humaine. Le Prince lui-même peut cependant apporter les modifications qu'il juge nécessaires aux lois qu'il a posées. A la première vue, il semble que Grotius s'entraînant par sa propre logique, aboutit à un système de gouvernement politique qui n'est que l'absolutisme, et sur le plan extérieur, le volontarisme.

Mais, à notre sens, il n'en est rien. Le Prince, bien qu'il soit souverain, est tenu de l'observation du Droit naturel, du Droit divin et même du Droit des gens entendu comme des règles appliquées par la plupart des nations (2).

L'effort de Grotius prend sa pleine valeur si on songe dans quel milieu il a tenté de faire cette synthèse du courant traditionnel et du volontarisme qui était en pleine croissance et développement au XVII^e siècle. Les Etats qui sont sortis glorieux de leurs luttes envers la féodalité et la papauté, fiers de ce résultat, affirment plus que jamais et avec une insistance toute particulière, l'immutabilité et l'inaliénabilité de leur puissance souveraine. Cet état de choses amenait le monde à la renonciation à l'idée de tout droit international. Car la souveraineté absolue était en effet incompatible avec la conception traditionnelle du droit international.

(1) *De jure...*, p. 159.

(2) *De jure...*, page 178.

Chaque Etat, ne connaissant aucun pouvoir supérieur, humain ou divin, à lui-même, se jugeait libre de respecter ou non telle ou telle norme s'imposant à toute personne raisonnable. Grotius combattit cette doctrine en opposant à la souveraineté absolue de l'Etat, la notion du droit naturel. Il avait cependant lui aussi comme la plupart des auteurs de cette époque, adopté le système du *Contrat* comme origine de l'Etat. Mais son contractualisme n'eût pas comme résultat l'absolutisme. Chez lui le pacte n'a pas une valeur théorique. Le contrat social est un fait historique. Seulement, il n'y a pas un type déterminé de pacte employé par tous les peuples. Il y a autant de contrats qu'il existe d'Etats. Par conséquent, le contrat social de Grotius ne découle pas de la nature même des choses; c'est l'opportunité du moment qui le rend nécessaire (1). Il est vrai, l'homme est par nature sociable. Mais la forme à donner à la société des hommes ne découle pas de la nature. On est libre d'adopter n'importe quelle constitution politique. Un peuple, dit-il, peut choisir telle forme de gouvernement que bon lui semble. Cette liberté d'action peut aller jusqu'à « *se dépouiller entièrement de la Souveraineté, et à la remettre entre les mains de quelque Prince, ou d'un autre Etat* » (2). Car il peut parfois arriver qu'un peuple étant sur le point de périr, cherche son salut dans *une soumission complète à un autre*. D'autre part, selon la vieille idée soutenue par Aristote, il y a pour Grotius « des peuples d'un tel naturel, qu'ils savent mieux obéir que commander » (3). A mesure que nous poussons notre étude, dans l'examen de la doctrine grotienne, un doute prend notre cœur; nous

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, p. 63.

(2) *De jure...*, page 152.

(3) *De jure...*, page 153.

nous demandons devant des affirmations comme celles qui précèdent, si Grotius a vraiment voulu combattre la souveraineté absolue dégagée de tout contrôle moral ou juridique ? Si on considère l'ensemble de son œuvre, ses idées sur la guerre juste, ses vues sur la liberté de la mer (*Mare liberum*), on s'inclinerait sans crainte de faire fausse route vers une réponse affirmative. Un examen approfondi et attentif est indispensable pour découvrir le secret de la pensée de Grotius. Car si on se borne à une étude rapide et superficielle, on peut se tromper. Parce que le texte tel qu'il est écrit par son auteur peut servir d'argument à la fois aux positivistes et aux partisans du droit naturel. C'est pourquoi, comme nous l'avons indiqué, après Grotius, les deux courants positifs et philosophiques se sont à juste titre réclamés de lui. Un éminent internationaliste, M. J. Basdevant, déclare que Grotius fut le commencement de tous les mouvements qui prirent naissance après lui dans le domaine international (1). En effet, cela est complètement vrai. D'ailleurs, c'est pour cette raison que nous avons cru utile de donner un exposé de la doctrine de Grotius. « Aussitôt après Grotius, dit M. Le Fur, les deux tendances qu'il avait tenté de synthétiser reprennent leur marche séparée en essayant toutes deux de se servir de ce grand nom. On peut dire que toute l'histoire du droit international depuis son époque jusqu'à la nôtre se résume dans la lutte entre les deux éléments du droit, le droit naturel (ou rationnel, objectif), et le droit positif... » (2).

(1) « Toutes les doctrines du droit international ont pris leur base en lui : l'Ecole positive et l'école philosophique s'en sont également réclamées... » (*Les fondateurs du droit international*, Grotius ; Paris 1904, page 265.)

(2) Le Fur : *La Théorie du Droit naturel*, C. de la Haye 1927, t. 18, page 325.

Nous, nous allons nous occuper seulement de la tendance positive. Dès maintenant il faut signaler que la réaction positiviste s'opposa surtout à la doctrine soutenue par Pufendorf. Cet auteur avait en effet, au lieu de garder la distinction entre le droit naturel et le droit positif, réduit tout le système de droit à une seule origine, soit le droit naturel. Pour qu'un droit, disait-il, ait une force d'obligation, il faut qu'il découle d'une autorité distincte et supérieure à ceux qu'il doit régir (1).

(1) Paul Leseur : *Introduction à un cours de Droit International Public*, Paris 1893, page 113.

CHAPITRE VI

LE POSITIVISME APRES GROTIUS

1. — Déjà au XVI^e siècle, Albericus Gentilis (1552-1608), représentait le courant positiviste. Bien qu'il soit d'origine italienne, il enseigna en Angleterre.

Gentilis se basait avant tout « sur les faits et les règles établies par la coutume ou les traités » (1). Il faut chercher la cause de cette attitude devant le problème de droit dans sa conception religieuse. Il était protestant; et c'est pour cela qu'il a été obligé de quitter son pays natal. Les arguments des théologiens ne suffisaient pas à le convaincre.

La doctrine de Gentilis se basait sur la raison naturelle (2). Mais sa méthode ne convenait pas à la construction d'un système rationnel. Cette méthode lui permettait seulement de constater les faits historiques et contemporains, sans lui procurer le moyen de formuler un système solide (3).

(1) H. Nezard : *Les fondateurs du droit international* ; Albericus Gentilis, page 37.

(2) H. Nezard : *loc. cit.*, page 81.

(3) Gentilis nous laissa de nombreux ouvrages. Son *De Jure belli* ouvra la voie à Grotius dans l'étude du droit de la guerre. Il faut aussi chercher la première tentative en vue de la laïcisation du droit des gens chez Gentilis. (Le Fur : *La théorie du droit naturel*, Cours de La Haye 1927, tome 18, page 317).

2. — Après Grotius, le courant positiviste ne cessa de se développer. Au contraire, il a trouvé plus de partisans. En Angleterre, ce fut Richard Zouch (1590-1660) qui lança la fameuse expression *Jus inter gentes*. Ce terme se distingue du *jus gentium* des romains qui était employé, d'après Wheaton, « dans nos temps modernes », comme exprimant le sens du droit naturel (1).

Zouch fut le successeur de Gentilis à la chaire d'Oxford, où tous les deux enseignèrent le droit romain. Comme Grotius, Zouch aussi distinguait deux sortes de droit : le droit ayant son origine dans la raison qui s'inspire des principes de la justice naturelle, et le droit volontaire. Ce dernier se base sur le principe de consentement. « Comme le consentement mutuel d'un peuple fait la loi pour ce peuple, dit Zouch, les nations en général aussi bien qu'un seul peuple, sont liées par leur consentement » (2). Les sources principales du droit international sont : le droit Fétial des romains, la coutume, les traités (3). On voit bien que Zouch attache plus d'importance au droit volontaire qu'à la loi naturelle. D'ailleurs il nomme de *jus* le *droit consensuel*, et emploie le terme de *judicium* pour exprimer ce qui est controversé, qui n'est pas fixe et déterminé.

3. — En Allemagne, Samuel Rachel (1628-1691), accepte l'existence d'un droit naturel, mais place à côté de celui-ci un autre droit qui prend son origine dans le consentement des Etats. Les lois positives sont de trois sortes : la loi municipale ou civile, le droit public national, le droit des gens. « Ce dernier est fondé exclusivement sur le consen-

(1) Wheaton : *loc. cit.*, tome 1^{er}, page 142.

(2) *De jure inter gentes*, pars 1, § 1, N° 1 ; cité par Wheaton.

(3) G. Scelle : R. Zouch : *Les fondateurs du droit international*, page 279.

tement positif exprès ou tacite, de diverses nations ne reconnaissant aucun supérieur ou souverain commun, qui s'engagent à observer certaines règles de conduite dans leurs rapports mutuels » (1). Etant de caractères tout à fait différents il faut se garder de confondre le droit des gens avec le droit naturel.

Le droit des gens n'est pas essentiellement universel. Tout d'abord il y a le droit des gens général qui est établi entre les nations les plus civilisées, et puis il y a le droit des gens particuliers qui régit le rapport d'un nombre restreint de nations.

4. — Dans le pays même de Grotius, Bynkershoek adopta le positivisme (1673-1743). Celui-ci ne repousse pas le rôle que joue la raison dans l'établissement du droit des gens. Mais il reconnaît à côté de la raison un rôle plus important au consentement des nations. « La raison et le consentement des peuples étroitement liés et se complétant mutuellement forment ensemble le droit des gens, tandis que le consentement se manifeste non seulement dans les traités, mais aussi dans l'usage » (2).

Seulement quand Bynkershoek nous parle de la raison, ce n'est pas la même signification que Grotius qu'il entend donner à ce mot. Pour Bynkershoek une règle est raisonnable quand elle est conforme à la nécessité et à l'utilité.

5. — L'erreur de Puffendorf fut corrigée par Wolf (1679-1754). Celui-ci revient en effet à la division de Grotius. Le dualisme entre le droit des gens naturel ou nécessaire et le droit des gens positif est maintenu dans l'œuvre de cet auteur (3).

(1) Wheaton : *loc. cit.* ; tome 1^{er}, pages 145-146.

(2) Kosters : *loc. cit.*, page 90.

(3) Le Fur : *Théorie du droit naturel*, page 328.

Wolf imaginait l'existence d'une grande république des nations (*civitas gentium maxima*). C'est une communauté établie par la nature elle-même dont toutes les nations font nécessairement partie (1). Tous les Etats en entrant dans cette société sont présumés avoir accepté la loi de la communauté (*jus voluntarium*) (2).

Emeric de Vattel (1714-1767) se déclare continuateur de l'œuvre de Wolf. Il n'a cependant pas été fidèle à son prédécesseur. Pourtant il ne se déclare pas résolument hostile à l'idée du droit naturel. Au contraire, au commencement même de son livre, dans sa préface, il commence par dire que : « Il est certainement un droit des gens naturel, puisque la loi de la nature n'oblige pas moins les Etats, les hommes unis en société politique, qu'elle n'oblige les particuliers ». Mais il ajoute immédiatement que la loi naturelle applicable aux individus n'est pas la même que celle destinée aux relations des nations ou des souverains (3). Ayant ainsi souligné la particularité de la loi des Etats Vattel dit que le caractère particulier des Etats souverains découle de leur liberté naturelle. Selon la loi naturelle de Vattel « toute nation libre est indépendante des autres » (4).

D'autre part, Vattel déclare que « La société universelle du genre humain étant une institution de la nature elle-même, c'est-à-dire une conséquence nécessaire de la nature de l'homme », il faut que tous les hommes règlent leurs

(1) Wheaton : *loc. cit.*, tome 1^{er}, page 230.

(2) Le Fur : *loc. cit.*, page 329.

(3) Vattel : *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* 1758, préface, page VI.

(4) Vattel : *loc. cit.*, page 5.

actions de manière à satisfaire les exigences de cette communauté naturelle (1).

Chez Vattel, ce qui frappe plus le lecteur, c'est son attachement aux notions de liberté, de l'indépendance, et de la souveraineté. Ce sont des termes qu'il faut bien préciser le sens. Car ils peuvent ouvrir la voie à toute sorte de tergiversation. Par exemple, Vattel déclare que « c'est à chaque nation de juger de ce que sa conscience exige d'elle, de ce qu'elle peut ou ne peut pas, de ce qu'il lui convient ou ne lui convient pas de faire » (2). C'est une affirmation dangereuse pour une idée de communauté des nations. Le système de Vattel, loin de faciliter la création d'une « société universelle » des Etats est au contraire susceptible de favoriser les Etats qui sont animés d'un esprit de domination. De la notion d'égalité des nations, Vattel tire cette conclusion : en cas de conflit ou de contestation entre deux Etats, aucun autre n'a le droit d'intervenir ou de juger la question (3). Mais comment sortira-t-on alors de cette situation ? Il ne reste qu'un seul moyen : trancher le litige par la force (4).

Van Vallenhoven, confrontant la doctrine de Grotius avec celle de Vattel accuse ce dernier d'avoir trompé l'opinion publique en traitant Grotius avec mille égards. Car malgré ses soins apparents il a changé, dénaturé les idées de Grotius (5).

(1) Vattel : *loc. cit.*, page 7.

(2) Vattel : *loc. cit.*, page 9.

(3) Vattel : *loc. cit.*, page 12.

(4) Le Fur : *loc. cit.*, page 331.

(5) « Il y a un grand grief contre Vattel, un grief qui, quand on le relit, gagne en gravité et en force. Si Vattel avait dit : « je jette à terre Grotius ; je le mets en pièces ; à la place de ses rêves exaltés je mets mon sain réalisme » le duel aurait été loyal ;

C'est de ce fait que nous avons cru utile de placer Vattel parmi les positivistes.

6. — Egalement de tendance positiviste, mais plus poussé que tous les précédents, le système de J.-J. Moser (1701-1785) voulait découvrir les règles du droit international dans la pratique des Etats. Les bases fondamentales du Droit international doivent être cherchées selon Moser dans des traités ou de l'usage (1).

7. — L'auteur qui a poussé le plus loin possible le volontarisme étatique fut G.-F. de Martens (1756-1822). Dans son « Précis du droit des gens moderne de l'Europe, fondé sur les traités et l'usage » (2), l'auteur insiste sur l'origine contractuel du droit des gens.

Comme tous les publicistes qui font partie de l'école du droit de nature, de Martens aussi accepte l'idée de droit naturel. Il adopte le point de vue des partisans du contrat social et déclare qu'à l'état de nature, il y a une incertitude et une crainte réciproque à cause de manque de « normes

mais il traite Grotius avec mille égards... il lui emprunte sa division, ses termes, ses règles. Il le corrige dans des détails, le complète avec un respect discret, le critique en douceur... en réalité il ne laisse pas debout un seul morceau de Grotius... au système de Grotius, Vattel a donné le baiser de Judas, la preuve ? Vattel prend partie pour Richelieu, et il donne le nom de « souveraineté » au despotisme arbitraire de cet homme d'Etat... d'après Vattel, nul ne peut juger si un Etat commet par hasard un crime ou une autre injustice que cet Etat souverain lui-même. Chez Grotius l'Etat criminel peut être puni par d'autres. Chez Vattel, même le pays attaqué à l'improviste et qui écume de fureur, ne peut pas prononcer un jugement sur l'agresseur de son territoire... Vattel ouvre donc la possibilité pour tout Etat, en se réclamant de sa souveraineté, de déclarer la guerre en tout temps à un autre Etat, sans avoir à en rendre compte à qui que ce soit... » (Van Vollenhoven : *Les trois phases du droit des gens*. La Haye, 1878, p. 54, t. 1 ; 28-29).

(1) Calvo : *Le droit international public*, Paris 1878, p. 54, t. 1 ; Verdross ; *loc. cit.*, page 270.

(2) Gottingue 1821, 3^e édition.

positives » et d'un « juge humain ». Pour dissiper la crainte il croit à la nécessité d'une force commune. Les hommes par des « conventions expresses ou tacites » décident de sortir de cet état naturel (1). En se donnant une organisation stable, un pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, la nation se forme en Etat (*civitas*). Cette personne morale a deux sortes de relations : intérieure (avec ses membres), extérieure (envers les étrangers, soit simple individus, soit une autre personne morale). On peut donner les noms de *Droit public intérieur* et de *Droit public extérieur* à des règles qui organisent ces rapports (2).

Le Droit public extérieur est ce qu'en général, on appelle le droit des gens. Aux yeux de de Martens, ce terme ne diffère pas, quant à son auteur, du droit interne. Le juriste allemand donne à cette expression la même signification que les romains attribuaient au *jus gentium*. C'est la branche du droit public appliquée aux étrangers, individus ou Etats.

Nous avons dit que de Martens adoptait l'idée de droit naturel. Mais ce droit ne connaît qu'une loi générale, celle de la liberté de tous envers tous (3). Reconnaisant que l'existence de la société serait impossible avec une telle loi, de Martens recourt pour la limiter à l'idée du contrat social. Donc dans l'Etat civil, les Etats ne sont régis que par le droit conventionnel. Voici ce qu'il déclare à ce sujet : « Pour peu que deux nations se fréquentent et veuillent établir un commerce suivi, la simple loi naturelle ne saurait plus leur suffire. Différents motifs doivent les engager tantôt à mitiger la rigueur de la loi naturelle, tantôt

(1) Introduction, page 3.

(2) *Loc. cit.*, page 5.

(3) *Loc. cit.*, page 1.

à déterminer les points douteux, ou à régler ceux qu'elle passe sous silence, *tantôt même à s'écarter* de cette réciprocité de droits que la loi universelle établit également pour toutes les nations... C'est l'ensemble de ces déterminations qui forme le droit public extérieur ou *droit des gens positif, propre, particulier et arbitraire de ces deux nations*; et d'après qu'il repose ou sur des conventions soit expresses soit tacites, ou sur un simple usage, on peut le diviser en conventionnel et coutumier » (1).

Il n'y a donc pas un droit des gens universel. Il n'y a que des droits particuliers. Tout au moins, on peut peut-être arriver théoriquement, pour l'Europe à construire un système de droit général, par l'acceptation par la plupart des Etats des mêmes dispositions. Mais dans la pratique, et dans l'état actuel des relations, selon de Martens, un droit des gens positif de l'Europe n'existera probablement jamais (2).

G. F. de Martens se base donc exclusivement sur la pratique, l'usage et le consentement. Critiquant Puffendorf et Wolf, il dit que « c'est dans les traités et dans d'autres actes publics qu'il fallait puiser » les matériaux nécessaires à la construction du droit des gens (3).

(1) *Loc. cit.*, page 8.

(2) *Loc. cit.*, page 9.

(3) *Loc. cit.*, page 25.

CHAPITRE VII

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

J.-J. Rousseau, dans son *Contrat social*, se base sur le même principe que les auteurs précédents dont nous avons relevé dans leurs doctrines la prépondérance de l'origine conventionnelle du droit et de l'Etat.

Il commence par dire que « l'homme est né libre, et partout il est dans les fers » (1). Comment en est-on arrivé là ? Rousseau l'ignore. Cet état de choses est-il légitime ? Le *Contrat social* est écrit pour répondre à cette question.

Le droit n'est pas naturel, il est conventionnel. En effet, si nous examinons la nature nous arrivons à comprendre que la seule société naturelle est la famille (2). Les enfants qui sont nés indépendants autant que leur père aliènent leur liberté en faveur de celui-ci parce qu'ils ont besoin de lui. Donc c'est l'*utilité* qui détermine la condition d'existence de la famille.

La famille et les sociétés politiques ont une ressemblance évidente. Le chef prend la place du père. Le peuple celle des enfants. La famille est une société qui permet aux enfants de se défendre et de se préserver des dangers et des difficultés de la vie ; sans elle ils seront incapables, sur-

(1) Chapitre 1^{er}, livre 1^{er} ; voir sur Rousseau : Paul Léon ; Rousseau et le fondement de l'Etat moderne, archives 1934, Nos 3-4, page 197 et suivantes.

(2) Le mot naturel est employé ici comme équivalent du mot nécessaire.

tout aux bas âges, de subsister et de se développer. De même en dehors du cadre familial les hommes dans l'état de nature, dans l'état où une société politique n'existe pas encore sont exposés aux différents dangers qui nuisent « à leur conservation ». Les individus indépendants et séparés les uns des autres ne pourront pas se défendre, et de ce fait, « le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être » (1). Comme les hommes ne peuvent pas engendrer de nouvelles forces, ils ont un seul moyen capable de parer aux dangers précités : il faut unir les forces dispersées et former ainsi « une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance » hostile.

La force et la liberté de chaque homme sont les premiers instruments de sa conservation. Les céder est impossible, car aussitôt l'homme cessera d'être homme. Mais on arrive à « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle *chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'avant* » (2).

L'aliénation est totale et complète, mais malgré cela, chacun conserve sa liberté, car « *chacun se donnant à tous ne se donne à personne* » (3).

Par l'effet du contrat social se forme une personne publique que d'après Rousseau, l'on appelait autrefois *cité* et aujourd'hui *république* ou de *corps politique*. Cette personne prend le nom d'Etat quand elle est passive, souverain quand elle est active, puissance quand elle est considérée à ses semblables.

(1) et (2) Livre I^{er}, chapitre VI.

(2) Livre I^{er}, chapitre VI.

L'Etat, le Souverain, la Puissance, en un mot la communauté politique est un tout composé de l'ensemble des citoyens.

A l'intérieur de l'Etat, le souverain n'est pas tenu par les lois qu'il édicte (1); vis-à-vis des autres Etats, il devient « un être simple, un individu ». Par conséquent tout engagement pris par lui conformément au Contrat social dont il tire son origine doit être respecté scrupuleusement.

Bien que dans le sein de la société le souverain soit libre il ne peut agir de manière à léser les intérêts des individus le composant. Car il est formé des particuliers qui le composent. Il ne peut pas avoir d'intérêt contraire à celui des individus. *De ce fait aucune garantie n'est nécessaire envers le peuple*. En ce qui concerne les particuliers, ils peuvent agir contrairement à l'intérêt commun, parce qu'il est possible et imaginable que l'intérêt particulier d'un individu aille tout à fait à l'encontre de l'intérêt commun. Il faut parer à cette éventualité par la *contrainte*. Le pacte social renferme d'ailleurs une clause tacite en vertu de laquelle « quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps social » (2).

Ainsi, le Contrat social prend naissance. Dès lors nous sommes sortis de l'*état de nature* et entrés dans l'*état civil*. Ce fait produit dans l'homme un changement très important. La justice a pris la place de l'instinct; le devoir a remplacé l'impulsion physique; la morale qui manquait auparavant commande maintenant les actions; le droit prend la place de l'appétit. Bref, c'est un état où l'homme se voit forcé de consulter sa raison avant d'écouter ses penchants.

(1) Paul Léon : La notion de souveraineté dans la doctrine de Rousseau; Archives 1938, N^{os} 1-2, page 231 et suivantes.

(2) Livre 1^{er}, chapitre VII.

L'homme en entrant dans la société a perdu certes sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente, mais par contre partie, il a gagné une liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède. Avant, la force seule commandait. Maintenant, *chacun possède une liberté civile limitée par la volonté générale* (1).

Jusqu'ici Rousseau ne s'est pas éloigné de la doctrine classique de Contrat qui voit l'origine de l'Etat et de toute société dans la volonté de ses membres. Depuis le moyen âge tous les auteurs qui se basaient sur un pacte constitutif aboutissaient à la monarchie, ou du moins restaient indifférents au point de savoir qui serait le détenteur de la puissance absolue. Or, sur ce point, Rousseau a une vue tout à fait originale. *Pour lui la souveraineté ne peut pas appartenir à une seule personne physique*. Car, comme nous l'avons vu, le souverain est un être collectif. La souveraineté étant l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner et ne sera exercée que par cet être collectif (2). L'inaliénabilité de la souveraineté a pour conséquence son indivisibilité (3).

Bien que la personne souveraine soit encore collective, sa puissance reste toujours absolue. D'après les propres termes de Rousseau « le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens » (4).

De l'avis général des auteurs, la partie la plus difficile du Contrat social est ce passage où Rousseau parle du droit naturel dont les individus « doivent jouir en qualité d'hom-

(1) Livre I^{er}, chapitre VIII.

(2) Livre II, chapitre I^{er}.

(3) Livre II, chapitre II.

(4) Livre II, chapitre IV.

mes ». Il y a dans ce passage des contradictions. Rousseau avait déjà déclaré que la souveraineté était illimitée et que seul, le souverain était le juge de ses actes. C'est lui qui va déterminer si ses actes sont conformes ou non au pacte social. Dans ces conditions il est absurde de parler du droit naturel. Rousseau déclare en outre que tous les droits et toutes les libertés de l'homme ne sont pas nécessaires à la communauté. Mais il ajoute aussi que c'est le souverain qui déterminera la part à céder parmi les biens, la puissance, la liberté des individus (1).

Il est sans doute évident que Rousseau cherche toujours à sauvegarder quelques unes des libertés et une partie du domaine d'activité de l'homme de l'ingérence de l'Etat. Seulement son principe fondamental qui est l'absolutisme ne permet pas la réalisation de ce dessein sans tomber dans la contradiction.

Le système de J.-J. Rousseau se base essentiellement, tout d'abord sur le contrat, puis comme la conséquence de ce premier fait, sur la volonté. La seule différence qui sépare le philosophe de Genève des autres auteurs volontaristes réside dans l'affirmation qui donne le rôle de créateur de Droit à la « volonté générale » (2).

La société politique est créée par la volonté des individus qui la composent. Elle se maintient grâce à cette volonté. Avant la conclusion du contrat il n'y avait ni droit ni juste et ni injuste. Tout ce qui est fait par la volonté générale doit être considérée comme bon et essentiellement utile à la

(1) Livre II, chapitre IV.

(2) Paul Léon : L'idée de volonté générale chez J.-J. Rousseau et ses antécédents historiques ; Archives 1936, Nos 3-4, p. 148 et suivantes.

conservation de tous. Les lois sont faites par le corps législatif qui n'est que le corps collectif.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la doctrine de Rousseau. Malgré les contradictions qu'on y rencontre nous pouvons dire que Rousseau est un positiviste. Il n'accepte pas la notion d'une loi naturelle telle qu'elle est définie par Aristote et St Thomas (1).

Sa conception du juste et de l'injuste est relative (2). Tout ce que la volonté générale voudra doit être considéré juste et légitime. Il n'existe pas un criterium supérieur pour procéder à l'examen profond des règles édictées par le législateur. La majorité qui représentera la volonté générale règnera d'une manière absolue; puisque dans la plupart des cas l'unanimité ne sera pas acquise.

Il est vrai que Rousseau condamne nettement, au commencement de son livre, le Contrat social, les idées qui font découler le droit de la force (3). Il repousse l'affirmation d'après laquelle toute puissance viendrait de Dieu et que de ce fait il faudrait obéir à n'importe quel détenteur du pouvoir (4).

Non, la force seule ne prouve rien. Il faut qu'elle soit légitime, cette condition se réalise avec le pacte social.

(1) « ...Cependant ce droit ne vient point de la nature ; il est donc fondé sur des conventions ». (Livre 1^{er}, chapitre 1^{er}.)

(2) « A considérer humainement les choses, faute de sanction naturelle les lois de la justice sont vaines parmi les hommes » (livre II, chapitre IV).

(3) « ...sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause : toute force qui surmonte la première succède à son droit » (livre 1^{er}, chapitre III).

(4) Toute puissance vient de Dieu je l'avoue, mais toute maladie en vient aussi » (livre 1^{er}, chapitre III).

De l'exposé que nous venons de faire, ressort un fait : J.-J. Rousseau est le père du despotisme jacobin, de la dictature césarienne (1).

Léon Duguit va jusqu'à trouver en lui l'inspirateur des doctrines absolutistes de Kant et de Hegel (2). Nous ne nous arrêterons pas sur ce point. La question de savoir s'il y a un rapport intime entre les pensées philosophiques de Rousseau et la déclaration de 1789 est controversée. Léon Duguit, dans un article paru en 1918, a souligné et démontré qu'il ne faut s'empressez de dire tout de suite, sans un examen approfondi, que le Contrat Social est la source de la Déclaration de 1789 (3).

Pour notre part, nous pouvons dire que les divergeances de vues sont causées par les « sophismes » et contradictions du Contrat social. Du commencement à la fin, on sent et on constate que Rousseau tout en voulant construire un Etat fort désire préserver l'autonomie et la liberté de l'individu.

Que faut-il penser en ce qui concerne le côté moral du système de Rousseau : la politique est-elle subordonnée à la morale ou c'est le contraire ? Henry Michel dit que Rousseau a, comme les philosophes de l'antiquité, subordonné la morale à la politique (4). Le lien qui fut renoué entre les deux éléments sera beaucoup plus renforcé après Kant et Hegel. La subordination de la morale à la politique, à la nécessité trouvera son point culminant dans la pensée philosophico-

(1) Paul Janet n'est pas de cet avis. D'après lui Rousseau serait l'instigateur de la « Déclaration des droits de l'homme ». D'ailleurs il n'est pas seul à déclarer que la Déclaration reproduit les pensées philosophiques du philosophe de Genève.

(2 et 3) Duguit : J. J. Rousseau, Kant, Hegel; *Revue du Droit Public et de la Science politique*, t. 35, 1918, p. 178.

(4) *L'idée de l'Etat*, 1895, Paris, page 44.

juridique allemande. Rousseau n'est qu'un commencement. Kant et Fichte seront les continuateurs et dépasseront leur prédécesseur. Le privilège de faire l'apologie de l'absolutisme, et de la supériorité de la nécessité et de la « contingence » appartiendra à Hegel. Toutes ses idées trouveront un champ fertile dans l'Etat allemand. L'Europe qui vit des moments tragiques sera certainement reconnaissante envers les apôtres de l'absolutisme et envers les divinisateur de l'Etat !

Pour finir avec Rousseau nous citerons un passage de l'une de ses lettres qui résume toute sa doctrine : « Dans tout Etat politique il faut une puissance suprême, un centre où tout se rapporte, un principe d'où tout dérive, un souverain qui puisse tout... il est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée; elle peut tout ou elle n'est rien » (1).

La souveraineté dont nous parle Rousseau n'est pas celle du droit, mais de la majorité. Or, il n'y a qu'un seul pouvoir souverain illimité qui soit légitime : le pouvoir d'obligation du droit. A part cela toute souveraineté divine, majoritaire ou volontariste proprement dite, qui ne s'incline pas devant le droit ne diffère pas à nos yeux, de la tyrannie.

(1) Lettres écrites de la montagne, partie 2, lettre 7; citée par Duguit : *loc. cit.*, page 189.

Voir sur Rousseau R. Hubert : *Rousseau et l'Ecole positiviste*, Archives 1932, Nos 3-4, page 407 ; G. Davy : *L'unité de fondement de l'obligation politique*, Archives 1931, Nos 1-2, page 87 ; G. Richard : *La critique de l'hypothèse du contrat social avant Rousseau*, Archives 1937, Nos 1-2, p. 45.

CHAPITRE VIII

EMMANUEL KANT

Le philosophe de Koenigsberg, qui fut le rénovateur de la philosophie moderne, s'occupa aussi des questions juridiques. Son système philosophique lui permit de concevoir une notion de droit purement rationnelle. Ce rationalisme, d'après certains auteurs, amena Kant « à corriger et à clarifier l'antique enseignement de l'Ecole du droit naturel (1) ». D'autres auteurs pensent au contraire que Kant n'a rien de commun avec la traditionnelle doctrine du droit naturel (2).

Quoi que ce soit un point reste au-dessus de tout doute. C'est que, l'influence de Kant fut énorme sur les philosophes et juristes allemands qui le suivirent. Fichte, Hegel, dans la branche purement philosophique; Savigny, Jhering, Jellinek et la moderne doctrine dynamique et raciale du national-socialisme hitlérien dans le domaine juridico-politique sont la continuation et l'aboutissement de l'œuvre commencée par Kant. Mais les racines les plus profondes de cette conception spirituelle ne s'arrêtent nullement dans Kant, ni

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, p. 91.

(2) Voir en ce sens notamment Le Fur : *Les grands problèmes du droit*. Pour l'éminent professeur, Kant a transposé en une doctrine philosophique les thèses religieuses soutenues par Luther : « le point de départ de Luther, que la nature de l'homme est profondément viciée, est aussi celui de Kant... Comme Luther repousse l'autorité de l'église et la vérité surnaturelle, Kant repousse l'autorité de la raison spéculative et la vérité théorique » (page 320); dans le même sens E. Brehier : *loc. cit.*, page 555.

dans la Réforme de Luther. Ces racines sont plus profondes encore qu'on le pense. Il faut en chercher l'origine et la base fondamentale dans le caractère et la nature du peuple germanique. Donc pour bien comprendre la continuité de la pensée allemande il faut que ce point soit toujours présent à l'esprit.

Les idées juridiques de Kant sont exprimées dans son livre intitulé *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit* (1). Mais avant d'entreprendre l'analyse purement juridique de la doctrine de Kant, il est nécessaire qu'on ait quelques idées sur l'ensemble de sa philosophie.

Avant Kant, sauf les efforts de Bacon et de Descartes, la pensée philosophique était dominée par le dogmatisme et le scepticisme. Kant avec son criticisme s'élève au-dessus de toutes ces doctrines. Dans sa *Critique de la raison pure* Kant démontre qu'il existe des effets *à priori*, connus en dehors de toute expérience et de toute impression sensible. Parmi les sciences qui procèdent des données *à priori* on peut citer les mathématiques, la métaphysique et la morale. Toute connaissance suppose d'une part des matériaux passivement accumulés par l'expérience, d'autre part une intelligence active qui établit une liaison entre ces éléments distincts. Pour arriver à la connaissance de l'objet, le concours de deux facteurs est indispensable : la sensibilité qui est la faculté qui donne les divers ; l'entendement qui est la faculté qui lie et qui synthétise ce divers. De ce fait toute expérience demandant quelqu'un qui expérimente, la réalité subit les modifications que notre pensée y apporte. Alors la connaissance de la « chose en soi », de l'absolu et de *noumène* est impossible. Cette affirmation logique nous amène à dire que la connaissance reste toujours *relative*.

(1) Traduction française par Jules Barni. Paris 1853.

Puisque c'est de l'individu que dépend la conception de la réalité, pour Kant aussi l'homme est la mesure de toutes choses (1).

Dans la *Critique de la raison pratique* Kant s'occupe de l'homme en action. L'homme qui agit, suit une loi qui lui ordonne l'accomplissement d'un devoir suivant des principes *à priori*. La loi morale de Kant est distincte des systèmes précédents fondés sur l'utilité et le plaisir. D'après Kant la morale est indépendante et supérieure à l'utilité. L'homme ne doit pas faire ou s'abstenir de faire telle ou telle chose parce que cela lui est utile ou nuisible. Une action accomplie sous l'impulsion de pareils sentiments perd son caractère moral. La morale est indépendante et supérieure à l'utilité. Il faut agir selon la loi morale, parce que cela est conforme au *devoir*. Cette obligation découle de l'*impératif catégorique* de la raison (2). Kant donne la formule de cette loi morale : agis suivant une maxime qui puisse avoir en même temps la valeur d'une loi universelle (3). Comme Rousseau, Kant voit le seul bien dans la pureté du cœur et l'obéissance à la conscience (4). La conformité de l'acte à la loi morale n'est pas exigée. Seule la volonté, la bonne volonté compte. Du

(1) « Mais l'homme entendu comme sujet de connaissance l'homme universel ; le sophiste Protogoras, au contraire affirmait que chaque homme, individu est la mesure de toutes choses, ce qui conduit en droit ligne à nier la possibilité de la science, pour lui substituer l'arbitraire et changeante opinion individuelle. » (Del Vecchio : *loc. cit.*, p. 96).

(2) « L'impératif catégorique est celui qui prescrit une action non pas en quelque sorte médiatement comme un moyen d'atteindre un certain but, mais immédiatement, comme étant par elle-même objectivement nécessaire. » (Introduction à la métaphysique des mœurs, ch. IV, page 31).

(3) Introduction à la métaphysique des mœurs, chapitre IV, p. 36.

(4) Brehier : *loc. cit.*, page 546.

moment qu'on agit avec la volonté de faire par devoir la condition qui exige l'impératif catégorique est réalisée. La conformité matérielle reste secondaire.

La morale et le droit font partie de l'Ethique. Pourtant une différence fondamentale existe entre ces deux notions. Comme nous venons de le signaler, pour la morale la seule chose qui compte c'est le motif de l'acte. Quand on agit avec la conscience du devoir la loi morale est respectée. Au contraire en ce qui concerne le droit ce qui a d'importance c'est « l'aspect externe » de l'acte. Tandis que la morale suppose l'existence d'un seul sujet, l'idée de droit suppose toujours le rapport entre au moins deux individus (1). La loi universelle du droit s'énonce ainsi : *« agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse s'accorder avec la liberté de chacun suivant une loi générale »*.

Cette loi ne doit pas être présentée comme un motif d'action. Car ce serait alors enseigner la vertu. La loi générale du droit est un obstacle à la liberté. La contrainte aussi est un obstacle à l'exercice de la liberté restreignit par les lois universelles. Or une liberté entravée par ces lois est injuste. Donc la contrainte qui constitue une garantie pour la liberté conforme aux lois générales, est juste. Autrement dit « si un certain usage de la liberté même est un obstacle à la liberté suivant des lois générales, alors la contrainte qui lui est opposée comme destinée à faire céder l'obstacle à la liberté, est d'accord avec la liberté suivant des lois générales ». Et Kant tire cette conclusion d'après laquelle : le droit est inséparable, suivant le principe de contradiction, de la faculté de contraindre celui qui s'oppose à son libre exer-

(1) « Le droit est donc l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitre de l'un peut s'accorder avec celui de l'autre, suivant une loi générale de liberté » (Introduction à la doctrine du droit, paragraphe B, page 43).

cice (1). Alors *partout où il n'y a pas contrainte, l'existence de tout droit est impossible*. C'est une idée qui nous éloigne du droit naturel. Dans la conception de l'Ecole du droit naturel, l'existence d'une règle de droit ne dépend pas de la contrainte qu'on peut exercer. Au contraire, c'est dans les systèmes imaginés par les différentes tendances positivistes qu'apparaît l'importance de la contrainte. Presque toutes les doctrines volontaristes ou positivistes prennent comme critérium l'efficacité matérielle garantie par la contrainte étatique ou par la réaction de la masse des consciences individuelles.

D'ailleurs ce n'est pas le seul point devant lequel le système rationaliste de Kant nous amène à penser, malgré ses évocations répétées du terme de « droit naturel », que la doctrine kantienne de droit a indiscutablement favorisé le développement du positivisme étatique. Comme tous les tenants de la théorie du Contrat Social, Kant aboutit fatalement à l'absolutisme.

Le droit, dans la pensée du philosophe allemand peut être divisé en deux grandes branches, le droit naturel et le droit positif. Le premier « repose uniquement sur des principes *a priori* ». Le second « émane de la volonté d'un législateur ».

Tous les hommes en leur qualité d'homme tiennent de la nature un seul droit inné : la liberté. Celle-ci existe pour chacun « en tant qu'elle peut s'accorder suivant une loi générale, avec la liberté de chacun ». Dans ces conditions, dans un état que Kant, comme tant d'autres, appelle « l'état de nature » la possession d'un objet extérieur à la personne serait impossible. Car chacun étant libre, la volonté unila-

(1) *Introduction à la doctrine du droit*, traduction : J. Tissot, Paris, 1853.

térale d'un individu qui veut prendre la possession d'une chose ne suffira pas pour obliger les autres à s'incliner devant ses désirs. Dans le cas contraire, ce sera une entrave à la liberté de chacun. C'est seulement « la volonté générale » qui peut obliger chacun et donner la garantie que ce respect sera réciproque. Or, c'est dans l'état de société — pour employer les propres termes de Kant disons l'état-civil, — que la volonté collective exerce son action (1).

Nous voyons que la nécessité de la contrainte apparaît de nouveau et c'est cette nécessité qui oblige les hommes de passer, de l'état primitif de nature, à l'état civil. Dans le premier état « le mien et le tien extérieurs » ne sont que provisoires. Car leur possession est physique et non pas juridique (2). Cet état n'est pas juridique par ce qu'il n'y a pas là de *justice distributive* (3). Le passage à l'état civil qui est artificiel est commandé par ce principe *a priori* : « il faut entrer dans cet état ». C'est la raison qui commande. Dans l'état de nature, personne n'est garantie devant une violation. Car, de part la liberté originaire même, personne « n'est obligée de s'abstenir de tout empiètement sur la possession d'un autre, si celui-ci ne lui donne l'assurance qu'il observera la même réserve à son égard ». Il n'y a donc pas une injustice dans l'état de nature quand on viole le droit de son voisin. L'injustice réside dans le fait de vouloir vivre sans un tel état qui n'est pas juridique. Alors, encore une loi *a priori*, un impératif catégorique : tu dois, à cause du rapport de coexistence qui s'établit inévitablement entre toi

(1) « L'état qui repose sur une législation générale extérieure et ayant la force à son service est l'état civil. Il ne peut donc y avoir de mien et de tien extérieurs que dans l'état civil. » (Kant . *loc. cit.*, Droit privé, § VIII).

(2) *Loc. cit.*, § IX.

(3) *Loc. cit.*, § XLI.

et les autres hommes, sortir de l'état de nature pour entrer dans un état juridique, c'est-à-dire dans un état de justice distributive (1).

Aussitôt qu'on est entré dans l'état civil, on se trouve en présence d'une question importante : l'accord des volontés qui a rendu possible la constitution d'un tel état est-il envisagé par Kant comme une vérité historique ? Sur ce point aucun doute, ni équivoque n'est permis. Car Kant explique et affirme avec netteté de quelle sorte de contrat il s'agit. Ce n'est pas l'expérience, ce n'est pas non plus l'histoire qui nous montre les effets désastreux d'un état de nature, mais c'est seulement la raison (2).

Nous avons donc nommé d'état civil, l'état où il y a une justice distributive. Kant appelle Etat « la réunion d'un certain nombre d'hommes sous des lois juridiques » (3).

Le détenteur de la volonté générale est l'Etat. Le pouvoir de celui-ci se décompose en trois parties détenues par des personnes différentes : le souverain pouvoir (la souveraineté), le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. C'est donc une séparation des pouvoirs à la manière de Montesquieu.

(1) *Loc. cit.*, XLII.

(2) « Ce n'est pas sans doute l'expérience qui nous a appris qu'avant l'apparition d'une puissance législative extérieure, les hommes ne connaissaient d'autres maximes que la violence, et que leur méchanceté les poussait à se faire la guerre les uns aux autres ; ce n'est donc pas sans doute un fait qui rend nécessaire une contrainte légale et publique. Que l'on imagine les hommes aussi bons et aussi amis du droit que l'on voudra, il résulte à priori de l'idée rationnelle d'un état qui n'est pas juridique, qu'avant l'établissement d'un état légal et public, les individus, le peuple et les Etats ne sauraient avoir aucune garantie les uns vis-à-vis des autres, contre la violence, et être assurés de pouvoir faire comme c'est le droit de chacun, ce qui leur semble juste et bon, sans dépendre en cela de l'opinion d'autrui. » (*Loc. cit.*, paragraphe XLIV).

(3) *Loc. cit.*, § LXV.

Notre attention doit se porter dans cette division surtout sur le pouvoir législatif. Car c'est lui qui formulera les lois positives et déterminera les droits ou le droit en général. Kant pense comme Rousseau que le pouvoir de faire des lois appartient au peuple tout entier. C'est la volonté collective qui légifèrera dans l'Etat. En entrant dans l'état civil chacun a renoncé à sa liberté, à son droit inné qui n'était qu'une « liberté sauvage ». Mais aussitôt, entré dans l'état juridique, on a retrouvé sa « liberté en général intacte, puisque cette dépendance résulte de sa propre volonté législative ».

On peut faire les mêmes objections à Kant qu'à Rousseau. Chez ce dernier aussi, l'unanimité étant pratiquement impossible à réaliser, la majorité commande. C'est la tyrannie du plus grand nombre sur la minorité. Or, on n'a que trop montré l'absurdité d'un tel système. Quand une chose est injuste, contraire à l'idée de droit, le nombre des partisans ne pourra y changer rien. En aboutissant à une pareille conclusion, Kant trahit sa propre logique. Il est de la plus simple évidence de voir que le droit et la justice doivent avoir leur source non pas dans la volonté de la majorité, mais dans la nature des choses. Il y a certains principes fondamentaux conformes au droit naturel, dont la volonté générale ne peut en diminuer ni la justesse, ni l'importance. Voilà ce que nous révèle la raison.

D'autre part le philosophe de Königsberg qui reconnaît le droit de légiférer à la volonté générale qui est celle du peuple, refuse cependant à ce dernier le droit de se révolter contre les injustices commises par le pouvoir exécutif, c'est-à-dire par le souverain. Dans le cas même où celui-ci violera ouvertement et d'une manière continue les lois, le droit de protestation n'est pas reconnu. On n'a même pas la per-

mission d'examiner la légitimité du pouvoir souverain (1) : « la moindre tentative de ce genre est une haute trahison, et un traître de cette espèce, qui tente de tuer sa patrie ne peut être puni que par la mort ».

Ce que Kant veut, c'est l'absolutisme partout, et dans le pouvoir législatif et dans le pouvoir exécutif. Il l'affirme solennellement. Voici en quels termes il s'exprime : « Il n'y a donc contre le suprême législateur de l'Etat aucune résistance légitime de la part du peuple; car il n'y a d'Etat juridique possible que grâce à la soumission de tous à sa volonté législative pour tous ».

Le suprême législateur est, nous le savons, la volonté générale représentée par la majorité. Donc ce que celle-ci juge bon ou conforme au droit devra être considéré comme tel par tout le monde. Aucune critique n'est permise. Car toute résistance sera considérée comme une trahison.

En ce qui concerne le droit international, le processus est le même. Les Etats sont comparés aux individus : eux aussi vivaient dans un état sauvage (l'état de nature). Dans cet état le rapport naturel entre différents groupements est *la guerre*. La raison commande de sortir de cet état de guerre pour entrer dans un état juridique. Il est nécessaire alors

(1) « L'origine du pouvoir suprême est pour le peuple qui y est soumis une chose qui, au point de vue pratique, ne peut pas être scruté, c'est-à-dire que le sujet ne doit pas discuter en fait cette origine, comme si le pouvoir qui en découle n'avait encore qu'un droit contestable à son obéissance... *on doit obéir au pouvoir législatif actuellement existant, quelle qu'en puisse être d'ailleurs l'origine... le maître dans l'Etat n'a que des droits vis-à-vis des sujets et qu'il n'a point de devoirs.* Bien plus, si l'organe du souverain le régent, agit contrairement aux lois, si, par exemple par les impôts, par le recrutement, etc... il viole la loi de l'égalité dans la répartition des charges de l'Etat, alors les sujets peuvent bien opposer à cette injustice des plaintes mais jamais la résistance. » (*Loc. cit.* : remarques générales ; A).

de fonder « une alliance des peuples » (Voelkerbund) par laquelle « ils s'engagent à ne pas s'immitter dans les discordes intestines les uns des autres, mais à se protéger mutuellement contre les attaques du dehors » (1). Ici aussi le droit originaire se base sur la force. La défectuosité de ce système n'a pas besoin de démonstration. Pour en sortir, un accord de volontés est indispensable. *Le droit des gens a donc son origine dans un contrat qui est l'œuvre des Etats.* Et comme on peut en tout temps renoncer à cet accord « il a besoin d'être de temps en temps renouvelé » (2). C'est par ce procédé qu'on tâchera d'arriver à réaliser la paix perpétuelle, ô la grande illusion ! D'ailleurs Kant voit lui-même le danger et dit que « la paix perpétuelle est sans doute une idée impraticable ». Elle restera comme un but de tout le droit des gens. On ne doit jamais cesser de faire des efforts pour s'y rapprocher (3). Sans doute l'idéal que Kant nous montre est sublime. Mais le moyen qu'il nous procure pour l'atteindre amène le risque de tomber dans l'état qu'il appelle état de guerre, où la force règne en souveraine autocrate. Cela est tellement évident que M. Le Fur peut dire que « la force unique loi des Etats, l'état de guerre présenté comme leur état naturel, la guerre par contrat déliant les belligérants de l'observation du droit, enfin la légitimité de la

(1) *Loc. cit.*, § LIV.

(2) *Loc. cit.*, § LIV.

(3) « La raison moralement pratique nous adresse ce veto irrésistible : il ne doit pas y avoir de guerre, ni entre toi et moi dans l'état de nature, ni entre nous comme Etats, ...que si nous ne pouvons atteindre cette fin et si elle n'est toujours pour nous qu'un vœu pieux, du moins ne nous trompons-nous certainement pas en nous faisant une maxime d'y tendre sans relâche, car cela est un devoir. »

guerre préventive, voilà tout le droit international de Kant » (1). On voit bien que nous sommes très loin de la paix perpétuelle, ou du moins, de la paix dans laquelle toutes les nations vivraient sur un pied d'égalité juridique. On peut arriver par le moyen proposé par Kant à la paix perpétuelle : le jour où un Etat grâce à sa force pourra imposer et dicter ses volontés, et les autres Etats par crainte d'être écrasés moralement et matériellement s'y soumettront la paix perpétuelle et éternelle règnera dans le monde. Mais quelle paix ?

Kant est un disciple de J.-J. Rousseau. Ces deux philosophes ont à peu près les mêmes idées sur la formation de l'Etat, sur la création du droit et sur la souveraineté : un Etat de nature, un contrat social, la possibilité dans l'état civil « du tien et du mien », la souveraineté absolue.

Il faut toutefois remarquer qu'avec Kant, la divinisation de l'Etat commence. Kant annonce Hegel. Il déblaie le terrain. Dans le Contrat social, l'Etat de Rousseau est une création humaine. Tandis que pour Kant, l'Etat est quelque chose de surnaturel. La puissance de l'Etat est divine (2).

L. Duguit, s'oppose à M. Ripert qui veut donner à Kant une place à part. « Je ris, dit-il, quand je vois quelques-uns de mes jeunes collègues venant dire : l'Allemagne moderne, absolutiste et impérialiste ce n'est plus l'Allemagne de Kant, le philosophe qui a fondé sur des bases indestructibles, l'autonomie de la personne humaine, le droit imprescriptible de l'individu contre la toute puissance de l'Etat; c'est l'Alle-

(1) Le Fur : *Les Grands Problèmes du Droit*, page 337.

(2) « La puissance de l'Etat est divine par ce qu'elle est irrépréhensible, c'est-à-dire infaillible, et par ce que le peuple ne peut pas scruter son origine. » (Duguit : *Rousseau-Kant et Hegel. Revue du droit public et de la Science politique* 1918, t. 35, page 203).

magne de Hegel et de Ihering ». Et il ajoute : « Non, qu'on n'oppose pas Kant et Hegel. L'un et l'autre ont préparé la même œuvre, comme Hegel, Kant, malgré son impératif catégorique, malgré son rêve perpétuel, a été un des grands partisans des conceptions impérialistes et absolutistes de l'Allemagne actuelle » (1).

En effet, à part les autres signes décisifs du système juridique de Kant, ses considérations sur la légitimité de la guerre suffiront pour nous convaincre que le philosophe prussien est fidèle à la tradition et à la pensée germanique. M. Le Fur dit que « Kant par sa doctrine sur la guerre, trouve le moyen de donner au droit de la guerre une sorte de vernis juridique » (2). D'après Kant, il n'y a pas un droit de la guerre. Car la guerre, c'est le retour à l'état de nature. Or dans cet état, les Etats sont libres. Ils se trouvent « dans un état de liberté naturelle » (3). Néanmoins, si on veut trouver un droit de la guerre, il faut se recourir à l'idée de contrat. La déclaration de la guerre par un Etat et son acceptation par l'autre équivaudraient à la conclusion d'un accord. Celui-ci permet de constater que « les deux parties veulent chercher leur droit » par le moyen de la force. Le plus fort et le plus rusé arrivera à vaincre et imposera sa volonté; ainsi il trouvera le moyen d'obtenir ses revendications. Un traité sera conclu. Le droit de l'état de paix sera formulé par ce nouvel accord.

Donc, il n'y a pas de guerre injuste ou de cause injuste. Tous les désirs et les ambitions imposés par la force brute doivent être acceptés. En outre Kant déclare que « l'accroissement de la puissance d'un Etat peut être menaçante pour

(1) *Loc. cit.*, page 203.

(2) Le Fur : *loc. cit.*, page 329.

(3) *Doctrine du droit*, page 217.

les autres » (1). Devant une pareille éventualité, les Etats qui s'estiment être menacés peuvent prendre des mesures de précaution, et même, aller jusqu'à faire une guerre préventive, car « outre l'attaque effective... il y a la menace » (2).

Voilà le droit international de Kant : la force unique loi des Etats, l'état de guerre présenté comme leur état naturel.

Après les doctrines de Fichte et de Hegel, les juristes posséderont des matériaux philosophiques suffisants pour la construction de la théorie positiviste, scientifique du droit...

(1) *Loc. cit.*, page 223.

(2) *Loc. cit.*, page 221.

TITRE DEUXIEME

LE POSITIVISME CONTEMPORAIN

(du XIX^e siècle jusqu'à nos jours)

Après la préparation qui s'est effectuée au siècle précédent, la philosophie du droit prend une ampleur considérable. Jusqu'ici c'étaient surtout les philosophes qui s'occupaient de cette matière. A mesure qu'on s'approche de l'époque contemporaine, on voit paraître des juristes philosophes qui traitent ces questions purement juridiques. C'est un élément nouveau qui mérite d'être souligné. Parce que chaque discipline a ses particularités propres à elle. La science de droit demande un esprit spécialement préparé pour l'étude des questions juridiques.

Le XIX^e siècle a vu, il faut l'avouer, un moment, la prépondérance de l'école positiviste. La cause en est double : 1° L'exagération de l'Ecole du « droit de nature » (ou plutôt de l'état de nature). Bien qu'on aime souvent confondre la conception traditionnelle du droit naturel avec celle des partisans du contrat social de toutes nuances, il n'y a aucune ressemblance entre ces deux écoles, sauf en ce qui concerne le nom. La théorie du contrat social se rapproche au contraire beaucoup plus du positivisme volontariste que de l'idée du droit naturel. D'ailleurs toutes les tendances positivistes se convergent vers un même point : la volonté. Soit qu'il

s'agisse du pacte social, soit qu'il s'agisse du système de Kant et de Fichte, on aboutit fatalement à l'idée de droit ayant sa source dans la volonté. Et de là à accepter la volonté du plus fort, il y a peu de distance; à ce point que presque tous ces juristes ou philosophes poussèrent jusque là.

2° La seconde cause, la plus profonde peut-être, se trouve dans le mouvement qui a pris naissance dans la réforme de Luther et qui a continué à se développer et se propager grâce aux travaux des philosophes allemands. Ces derniers de part le caractère même de la race germanique, étaient particulièrement favorables aux conceptions volontaristes qui ont pour conséquence immédiate la consécration définitive de l'arbitraire du plus fort.

CHAPITRE PREMIER

L'ECOLE ALLEMANDE

I

Hegel

Kant avait déblayé le terrain et de ce fait facilité la tâche de Hegel. Celui-ci est l'apôtre du positivisme volontariste. La philosophie hegelienne domine encore la pensée juridique allemande. Son influence fut très grande. Les esprits qui, déjà étaient préparés, trouvèrent leurs expressions profondes dans la dialectique de Hegel. Pour comprendre la pensée allemande la connaissance de la philosophie de Hegel est indispensable. C'est pourquoi, avant de passer directement à l'étude du système politique et juridique que Hegel propose l'établissement définitif, il nous a paru nécessaire de donner quelques explications sur cette philosophie.

Kant nous disait que la connaissance de la chose en soi était impossible, le noumène était insaisissable. Hegel prenant le contre pied de Kant déclare au contraire que la chose en soi est parfaitement dans la portée de notre esprit. Déjà Fichte trouvait la chose en soi dans le « moi » et Schelling déclarait que l'absolu était supérieur à la fois au « moi » et à la nature, il n'est ni sujet, ni objet et est indifférent entre l'un et l'autre. Hegel oppose, à l'idéalisme subjectif du premier et à l'idéalisme objectif du second, un idéalisme absolu : c'est la pensée elle-même, ou l'*Idée* (1).

(1) Archambault : Hegel, choix de textes et étude du système philosophique, page 15, Paris 1927.

La philosophie de Hegel a donc pour point de départ une identification de l'*intelligible* et du *réel* : « ce qui est rationnel est réel; ce qui est réel est rationnel ».

La science se divise en trois branches : (1)

1° la logique (l'idée en et pour soi);

2° philosophie de la nature (idée dans son existence extérieure);

3° philosophie de l'esprit (idée qui revient sur elle-même de son existence extérieure).

De ces premières constatations ressortent certains caractères du système : dogmatisme, intellectualisme, panlogisme. Ceux-ci n'ont pas besoin d'explication pour être compris. Appliquées à la politique, les conséquences de cette philosophie seront effroyables. *Tous les faits sont divins parce qu'ils s'identifient avec l'idée.* De ce fait, la violation du droit n'est pas possible et on ne peut pas commettre une injustice. Hegel est donc optimiste.

Un autre caractère du système de Hegel est l'évolutionnisme : Héraclite, dit-il, posa comme détermination fondamentale de tout ce qui existe *le devenir*. Hegel s'acquiesce à cette pensée et y ajoute : « la vie est un devenir, mais qui, elle aussi n'en épuise plus la notion. Nous trouvons le devenir sous une forme plus haute dans l'esprit, car l'esprit est aussi un devenir, mais un devenir plus intense, et plus

(1) « La pensée, dit Hegel, est produit comme une pensée identique avec elle-même, mais qui est en même temps comme activité qui s'oppose à elle-même pour être pour soi, et qui ne se sépare pas d'elle-même dans cette opposition. La science se divise ainsi en trois parties, c'est-à-dire : 1°) logique, ou science de l'idée en et pour soi; 2°) philosophie de la nature, ou science de l'idée dans son existence extérieure; 3°) philosophie de l'esprit, comme idée qui revient sur elle-même de son existence extérieure » (cité par Archambault, pag 16).

riche que le simple devenir logique (1) ». Cette affirmation aura pour conséquence logique d'accepter la guerre comme une chose légitime et nécessaire à l'humanité, puisque pour devenir le moyen plus propice est *la lutte* (2).

On peut maintenant se demander quelle place occupe le droit dans ce système. Le droit est l'existence de la volonté libre, « c'est-à-dire la liberté qui se pose extérieurement, l'existence extérieure de la liberté » (3). Or, nous savons que dans la philosophie de Hegel, la chose en soi est l'*Esprit*. L'extériorisation de l'esprit est donc le droit, « le fondement du droit, écrit Hegel, est avant tout le spirituel; et sa dernière place et son point de départ, c'est la volonté qui est libre, si bien que la volonté forme sa substance et sa détermination et que le système juridique est l'empire de la liberté réalisée, le monde de l'esprit porté en avant, hors de lui-même, comme une seconde nature... Le droit est essentiellement ce qu'est l'essence de la volonté libre. Il est ainsi avant tout la liberté en tant qu'idée. Le droit est quelque chose de principalement saint, et cela seulement, parce qu'il est l'essence de la notion absolue de la liberté consciente d'elle-même » (4).

Il ressort du passage apporté ci-dessus que le droit a pour fondement unique la volonté. L'autonomie de la volonté est entière et complète dans cette doctrine intellectualiste. La volonté seule crée le droit, elle seule détermine les limites qu'il faudra donner à la liberté de chacun. Mais dans la

(1) *Logique*, tome 1^{er}, page 412. Traduction Vera, cité par Archambault, pag 97.

(2) Del Vecchio, *loc. cit.*, page 110.

(3) Del Vecchio, *loc. cit.*, page 112.

(4) Hegel : *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, tome 8 de l'édition allemande des œuvres complètes 1833, pages 34 et 63-64 ; cité par Duguit, *loc. cit.*, p. 332-333.

société civile, il y a deux sortes de volonté : la volonté particulière et la volonté générale. Laquelle des deux aura la priorité ? C'est avec la réponse à cette question qu'apparaît l'importance de la doctrine hegelienne. C'est ici que Hegel ira jusqu'à la divinisation de l'Etat. Ce dernier est en effet, selon Hegel « l'universel en soi et pour soi ». En voici un passage des plus significatifs : « L'essence de l'Etat c'est l'universel en soi et pour soi ; c'est l'être rationnel de la volonté, mais l'être rationnel qui, en tant qu'il se connaît et se démontre lui-même est absolument sujet et dans sa réalité un individu. Relativement à l'extrême qui forme l'individualité, en tant qu'agrégat d'individus, son œuvre est double et elle consiste, d'une part, à conserver les individus comme personnes et à communiquer ainsi au droit une réalité nécessaire à promouvoir ensuite leur bien, bien que chacun recherche d'abord pour soi-même, mais qui a aussi un côté exclusivement général, à protéger la famille et à diriger la société civile » (1).

L'importance du rôle de l'Etat apparaît ainsi nettement : c'est grâce à lui que le droit aura « une réalité nécessaire » et c'est lui qui conservera les individus « comme personnes » ; sans l'Etat il n'y aura ni droit ni personnalité. De ce fait, nous devons à celui-là ce qu'il a de précieux pour nous. L'œuvre de l'Etat ne prend pas fin avec ces premiers résultats. Il devra en outre briser les « sphères subordonnées » que sont la famille, la société civile et la volonté de l'individu « pour les conserver dans l'unité immanente et substantielle » (2).

(1) Hegel : *Philosophie de l'esprit*, cité par Archambault, page 192 ; et par Duguit, page 349.

(2) Hegel : *Philosophie de l'esprit*, cité par Duguit, page 349.

La seule chose qui compte c'est donc l'unité. Le tout prime le particulier. De cette synthèse du général et du particulier Hegel passe à la morale. Car « la fusion du particulier dans la substance une et générale, c'est précisément la réalisation de la moralité... l'Etat est la réalité de l'idée morale : Der Staat ist die Wirklichkeit der Sittlichen Idee » (1).

Tout n'est donc possible que dans l'Etat : la moralité, la liberté, la personnalité, le droit, la volonté.

Les lois de l'Etat sont sacrées, parce que « la législation est la justice vivante, en tant que réalité de la liberté dans le développement de toutes ces déterminations rationnelles » (2). Les garanties de la rationalité du droit se trouvent dans « l'esprit général d'un peuple ». Autant un peuple, « possède la conscience intime de sa raison, autant cette garantie est solide ». Chaque peuple a son esprit propre, donc des lois propres à lui satisfaire, tant qu'elles sont l'émanation de cet esprit. Voici un des passages les plus explicatifs de Hegel : « Se demander à qui, à quelle autorité constituée, et constituée de telle ou telle façon, appartient le pouvoir de faire une constitution, c'est se demander à qui il appartient de faire l'esprit d'un peuple. Lorsqu'on sépare la constitution d'un peuple de son esprit, comme si cet esprit existait ou avait pu exister sans posséder une législation qui lui soit adéquate, on montre simplement par là qu'on n'a qu'une notion superficielle de l'union indivisible de l'esprit, de la conscience que l'esprit a de lui-même avec sa réalité. C'est par suite de cette indivisibilité qu'on n'a jamais vu dans l'histoire ce qu'on appelle faire une constitution, pas plus qu'on n'y a vu faire un code. Toute

(1) Duguit : *loc. cit.*, page 350.

(2) Archambault, page 134.

constitution est sortie de l'esprit d'un peuple et s'est développée identiquement avec lui..., c'est l'esprit immanent et l'histoire (et l'histoire n'est que son histoire) qui ont fait et qui font les constitutions » (1).

Ces lignes qui reflètent la pensée de Hegel sont le résultat d'une réaction contre les raisonnements abstraits de l'école du droit de nature. L'école historique dans sa tendance philosophique trouve son plus grand interprète dans Hegel. Déjà Schelling trouvait dans l'âme du peuple (Volkseele) la source profonde et réelle de la constitution sociale et politique. De même, l'Etat est pour Schelling la plus parfaite création de l'esprit. Il s'exprimait au sujet de l'Etat en des termes très frappants. Il écrivait en effet : « L'Etat est l'union du réel et de l'idéal..., l'Etat est la réunion de la liberté et de la nécessité » (2).

Hegel poussa plus loin encore la conception historique du droit et l'absolutisme de l'Etat. Pendant tout le XIX^e siècle, l'école historique continuera à développer cette doctrine.

D'après Hegel, les lois existent même avant qu'elles sont votées et promulguées par l'assemblée législative, l'action législative ne peut être qu'un développement des lois existantes, et que ce qu'on appelle lois nouvelles ne sont que des conséquences des lois particulières ou de détail, dont le contenu a été déjà élaboré, et souvent même fixé par la pratique des cours de justice » (3).

Hegel n'accepte pas l'idée du contrat social. Il dit qu'admettre une contrainte ou un contrôle du corps législatif, exercé à l'égard du gouvernement, c'est partir « de la fausse

(1) Archambault, pages 138-139.

(2) Cité par Del Vecchio, page 109.

(3) Archambault, page 145.

notion d'un contrat entre le gouvernement et le peuple ». Avec un tel système l'existence de l'Etat est mise en péril, son renversement et sa dissolution sont prévus. « Se représenter, ajoute Hegel, l'organisation de l'Etat comme une constitution fondée simplement sur l'entendement, c'est-à-dire comme un équilibre mécanique de forces, où, au lieu de leur unité interne, on a un rapport où ces forces sont extérieures l'une à l'autre, c'est se faire de l'Etat une notion qui est en opposition avec son idée fondamentale ». L'Etat et le peuple ne sont pas deux entités distinctes l'une de l'autre. Ils sont unis intérieurement (1). Leur séparation ou leur entrée en conflit est par définition impossible et inimaginable : ce qui désorganise l'unité de la raison logique désorganise aussi la réalité (2).

L'Etat constitue, d'autre part, la réalité immédiate d'un peuple distinct. En tant qu'individus distincts, les Etats sont dans une situation d'indépendance réciproque les uns à l'égard des autres. Comme il est impossible de les ramener en un seul être, la nature universelle du droit entre eux n'atteint pas à sa réalité.

De ce fait, le droit inter-étatique est un droit qui *doit être*. Les Etats pour la conservation de leurs indépendances respectives n'ont d'autre moyen que la force (3). L'Etat de guerre caractérisera donc les rapports des différents Etats dans le domaine des relations extérieures. *Il n'y a pas de*

(1) Archambault. pages 146-147.

(2) Archambault, page 140.

(3) « Comme individu, chaque Etat est exclusif envers d'autres individus pareils. Dans leur rapport réciproque, il n'y a qu'arbitraire et accidentel, parce que le droit universel qui ferait de ces personnes un ensemble autonome est dans le devoir être et n'est pas réel. Cette indépendance fait du conflit entre les Etats un rapport de violence, l'état de guerre » ; cité par E. Brehier, tome II, page 772.

guerre injuste car les peuples reçoivent de l'histoire leurs justes sentences. Le vainqueur est celui qui doit vaincre. L'esprit du monde est supérieur à l'esprit des Etats particuliers et prononce irrévocablement sur eux cette sentence (1).

Le droit international a pour fondement la volonté du plus fort. Les conventions inter-étatiques constituent les instruments de réalisation de ce droit. La plus grande gloire pour un peuple est d'arriver à un degré de domination, tel qu'il puisse se présenter et incarner en lui l'esprit universel du monde. Toute l'histoire de l'humanité est un devenir; « les esprits des peuples en constituent les moments divers et ses divers degrés » (2). Devant le peuple qui représentera à un moment donné l'esprit universel, les autres n'auront aucun droit : « La délivrance de l'esprit, délivrance où l'esprit entre en possession de lui-même et réalise sa vérité, et le travail qui amène cette délivrance, constituent le droit suprême et absolu. C'est la conscience d'un peuple particulier qui porte tel degré de développement de l'esprit universel dans son existence, et qui fait la réalité objective où cet esprit dépose sa volonté. En face de cette volonté absolue, la volonté des autres peuples n'a point de droit; car c'est le peuple qui représente cette volonté qui domine le monde » (3). Pour l'esprit de ce peuple qui domine, la nécessité, la nature et l'histoire ne sont que des instruments de sa manifestation et comme l'image resplendissante de sa gloire (4).

Voilà la philosophie juridique de Hegel : le droit est identique aux faits; il est dominé par la force. L'Etat est

(1) Del Vecchio, page 112.

(2) Archambault, page 148.

(3) Archambault, page 153.

(4) Archambault, page 154.

le détenteur suprême de la force; autant il sera fort, autant il imposera sa volonté comme étant de droit.

La notion de liberté a une signification tout à fait particulière et distincte de celle qu'on entend généralement. La liberté, c'est la négation. « L'être libre, c'est celui qui peut supporter la négation de son immédiate individuelle, la douleur infinie, c'est-à-dire se conserver affirmatif dans cette négative ». La liberté est déterminée par la nécessité, elle est « la vérité de la nécessité » (1).

L'individualisme est rejeté. La dialectique montre l'insuffisance de l'individu. Pour arriver à l'universel, il faut céder la place à la société dans laquelle l'individu trouvera sa véritable liberté. Commencant par la famille et passant du stade intermédiaire qui est la société, on arrive à l'être parfait : l'Etat. Les pouvoirs illimités de l'Etat et sa complète irresponsabilité ne sont pas les résultats d'un raisonnement logique, ce sont des dogmes indiscutables. Le plus parfait système de gouvernement est la monarchie (2). L'organisme appelé par Hegel « pouvoir législatif » est un simple conseil consultatif.

L'idéal de Kant est repoussé. Une société des Etats universelle irait à l'encontre de l'histoire. Celle-ci ne nous en donne pas l'exemple. Au contraire, le seul univers social que l'histoire connaît est l'Etat.

Pour conclure disons que, c'est avec Hegel que commence la confusion du fait et du droit (3). Les conséquences de cette nouvelle doctrine amèneront par la suite, les juristes,

(1) Brehier : tome II, page 764.

(2) « La monarchie est la constitution de la raison développée : toutes les autres appartenant au degré inférieur d'évolution et de réalisation de la raison. » (Cité par Brehier, tome II, page 772).

(3) Le Fur : *Les Grands Problèmes*, page 346.

fidèles à l'hegelianisme à accepter comme droit tous les actes de l'Etat. Le droit international sera foulé aux pieds. Un système juridique inter-étatique, ayant sa source dans la volonté arbitraire de l'Etat est une idée absurde. Cependant beaucoup de juristes allemands, sous forme d'auto-obligation ou de *Vereinbarungen*, essayeront de construire un droit international basé sur le consentement. Mais ce droit tant qu'il ne tirera pas sa validité et son essence d'un principe supérieur à la volonté étatique restera comme un Diktat, du ou des plus forts.

Après Hegel, les philosophes allemands continuent à soutenir la doctrine du maître. Feuerbach voit tout dans l'homme. Dieu « n'est que dans l'homme et pour l'homme ». La religion n'a d'autre but que l'homme lui-même. C'est l'homme qui crée Dieu. Il n'est pas difficile de dire qu'avec cette conception, le droit aussi n'aura pour seule source que la volonté humaine. Au dessus et en dehors de l'homme il n'existe aucune réalité.

II

Savigny

Si le positivisme est une réaction contre le droit naturel, c'est dans l'école historique de Savigny que cette opposition s'affirma avec plus de vigueur que partout ailleurs. Contre l'individualisme et le rationalisme révolutionnaire s'élevèrent les romantiques allemands et les écrivains de la Restauration. Seulement il ne faut pas perdre de vue ce point : Savigny et Puchta ont maintenu le dualisme entre le droit établi par l'autorité (droit positif) et le droit vivant du peuple qui prend sa naissance dans les données immé-

diates de la conscience collective du droit d'un peuple (unmittelbare Rechtsüberzeugung des Volkes) (1).

Savigny publia en 1814 un manifeste dans lequel il donnait la formule et exposait les points fondamentaux de son système. Ce document a été préparé pour répondre à Thibaut. Celui-ci était alors le maître incontesté et le représentant le plus qualifié de l'école philosophique allemande. Le débat s'était engagé sur le problème de la Codification. Mais la divergence ne se bornait pas à cette question superficielle; elle avait des causes profondes. L'opposition de Savigny à l'école philosophique peut être considérée comme une « réaction de réalité concrète de la vie contre la rigidité des abstractions et des formules » (2). La précédente école voulait construire le droit et le système juridique sur les données abstraites de la raison et sur la nature abstraite de l'homme. Les principes de cette école pouvaient se ramener à un ensemble de conceptions logiques.

D'après Savigny, le droit n'a pas par lui-même une existence propre et distincte. Les éléments de l'organisation juridique doivent être cherchés « dans la complexité infinie et la mouvance incessante de la vie sociale ». Le droit n'est pas la création arbitraire de l'autorité. Toutes les fois que les gouvernants formulent une règle de droit, ils ne font que transformer une norme préexistante en règle de droit positif (3). Le rôle du législateur est secondaire : il ne fait

(1) G. Gurvitch : *L'expérience juridique et la philosophie dualiste du droit*, page 115 ; Paris 1935.

(2) F. Génv : *La notion du droit positif à la veille du XX^e siècle* (discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon, le 8 novembre 1900; Dijon, 1901, page 17).

(3) « Partout où l'existence d'un droit se révèle à l'intelligence humaine ; il apparaît aussitôt comme soumis à une règle préexistante, et l'invention de cette règle est dès lors inutile, et même impossible » ; Savigny : *Traité de Droit Romain*, traduction M. Ch. Guenoux, Paris 1855, page 15.

que constater. La création du droit s'effectue au sein du peuple. Mais il ne faut pas croire que les divers individus dont se compose le peuple aient créé le droit. S'il en était ainsi, il y en aurait un nombre considérable de droits distincts les uns des autres. Or, chaque peuple possède un système juridique qui a ses caractères propre à lui : « ce n'est ni hasard ni la volonté des individus, c'est l'esprit national » qui donne naissance au droit.

Le droit vit dans la conscience du peuple. Il n'est pas un composé de règles abstraites. La règle de droit « apparaît dans la forme illogique dès que le besoin s'en fait sentir ». L'exactitude de ces affirmations est facile à démontrer. Si on examine un peuple, on voit qu'il est autre chose qu'un agrégat d'individus. L'histoire et la constatation directe nous montrent que partout où il y a une communauté de rapports intellectuels, une langue commune, il y a un peuple. Ce sont ces relations qui donnent les traits distinctifs et les caractères propres d'un peuple. Pour que le droit puisse naître, l'existence d'un tel milieu est indispensable. Le droit est un besoin de la vie sociale. « C'est l'esprit national circulant dans tous les membres de la nation, qui a la force de satisfaire ce besoin ».

Le peuple est une unité au sein de laquelle se succèdent les générations. Le présent se rattache à la fois au passé et à l'avenir. La conservation du droit, au sein de cette unité qui évolue, est assurée par la tradition. La tradition, dit Savigny, est un héritage qui se transmet par la succession continuelle et insensible des générations (1).

Chaque peuple a son droit propre. Mais dans le droit de chaque nation, se trouve des dispositions communes à tous les peuples.

(1) *Loc. cit.*, page 20.

L'école historique de Savigny, malgré qu'elle repousse le volontarisme et le formalisme positiviste, se rapproche beaucoup de ces tendances. Cela se voit dans la conception étatique de l'école historique. Le droit et l'Etat ont en effet la même origine : la conscience du peuple. C'est « une nécessité supérieure, une force interne qui veut se pencher au dehors, et imprime à l'Etat un caractère individuel ». C'est une force qui enfante l'Etat comme elle enfante le droit. Et même, on peut dire que la réalisation de l'Etat est « l'acte le plus haut de la puissance de cette force interne ».

Nous voilà de nouveau amenés devant cette affirmation qui place l'Etat au-dessus de tout, y compris le droit. D'ailleurs Savigny, en donnant la division du droit en droit politique et en droit privé, dit que c'est avec l'Etat que cette dernière branche du droit trouva le milieu de son existence. Il n'y a pas un état (état de nature) dans lequel « le droit privé ait eu cette existence incomplète. Dès qu'il y a un peuple, il y a l'Etat. L'état de nature est une hypothèse créée par notre esprit.

Le droit politique s'occupe de l'organisation et de la structure de l'Etat qui est « la manifestation organique du peuple ». Quand il s'agit de régler les rapports des particuliers avec le droit général (le droit politique) c'est de l'Etat que ces rapports reçoivent « leur réalité et leur complément » (1).

L'exposé de Savigny prend sa signification la plus nette quand il dit que « le droit est l'expression de l'esprit commun de la nation, et par conséquent de sa volonté, qui est aussi la volonté de tous les individus ».

(1) *Loc. cit.*, page 24.

La volonté apparaît donc ici aussi comme la source du droit. Cependant Savigny nous dit que ce n'est pas celle d'une personne ou d'un corps législatif, mais celle de la nation, c'est-à-dire de tous les individus. Mais on sait bien que l'unanimité étant presque toujours pratiquement impossible à réaliser, cela sera la volonté générale, la volonté de la majorité, qui créera le droit. Devant cette volonté, la résistance individuelle est interdite. Toute violation du droit, c'est-à-dire les prescriptions de la volonté générale, constitue une injustice qui doit être réprimée. C'est ainsi que la violation du droit, toujours possible pour la liberté individuelle, se trouve enchaînée et absorbée par la volonté générale (1).

Le terme « droit positif » a une signification spéciale sous la plume de Savigny. C'est parce que, dit-il, on considère le droit général comme antérieur à tous les cas donnés qu'on l'appelle droit positif (2). La coutume est un moyen pour reconnaître l'existence de ce droit dans la conscience générale du peuple. La loi est l'expression du droit positif qui « revêtue d'une autorité absolue » est traduite par la langue en caractère sensible. L'un des plus nobles attributs du pouvoir suprême de l'Etat est la confection des lois (3). Savigny n'attache aucune importance au fait que la loi soit faite par une seule personne ou par une assemblée législative, et même, il ajoute que dire que la loi pour représenter la nation, doit être faite par une assemblée, est une erreur.

Nous nous trouvons donc devant un système juridique qui voit dans la volonté du peuple l'origine de la règle de

(1) *Loc. cit.*, page 24.

(2) *Loc. cit.*, page 15.

(3) *Loc. cit.*, page 37.

droit. Cette volonté traduit les exigences de la conscience générale du peuple. Mais comme le peuple ne peut exprimer sa volonté que par l'intermédiaire de l'Etat, le droit est créé finalement par ce dernier. D'autre part, l'Etat de Savigny n'est pas une démocratie. En effet, notre auteur dit que l'assemblée élective n'est pas le seul organe qui puisse être l'interprète du sentiment national. Un seul homme peut donc parfaitement agir au nom du peuple. Le droit aura donc parfois, comme source la volonté d'une seule personne qui serait le souverain absolu, le chef de l'Etat à qui tout le monde doit obéir.

Le droit international tel qu'il est conçu par Savigny apparaît comme un ensemble de règles ayant leur origine dans la communauté d'idées semblables à celle qui crée le droit positif de chaque peuple. Par exemple, il existe une communauté d'idées entre les peuples chrétiens de l'Europe. Cela est dû aux croyances religieuses de ces nations. Le droit féodal des romains était de même nature, selon Savigny, que le droit international actuel.

Le droit interétatique est incomplet. La raison de cette imperfection est double : tout d'abord son contenu n'est pas bien déterminé, ensuite « il lui manque cette base réelle sur laquelle repose le droit positif de chaque peuple, la puissance de l'Etat et surtout l'autorité judiciaire » (1).

Avec le système de Savigny, nous nous trouvons devant une doctrine et une méthode qui, encore une fois, prouve que l'on ne pourra jamais construire un système juridique bien déterminé sans avoir eu recours à un jugement de valeur.

(1) *Loc. cit.*, page 32 ; voir aussi H. Wheaton : *Eléments du droit international*, tome 1^{er}, page 23, Leipzig 1874.

III

Jhering

L'auteur du « *Zweck im Recht* » (1) en assignant au droit un but, a sans doute dépassé et complété le pur positivisme. Le droit existe pour son but. La valeur d'un système juridique dépend de la « possibilité de sa réalisation pratique ». Il ne faut pas juger le droit comme on ferait d'un système philosophique. La perfectibilité intellectuelle du droit n'a pas une grande importance : qu'importe qu'une machine présente l'aspect d'une œuvre d'art, si comme machine elle est impropre à l'usage ? (2).

La matière de droit ne doit pas être traitée comme si elle était une émanation de principes pré-établis. Les principes logiques du droit n'existent pas par eux-mêmes. La disposition logique « n'est qu'une chose secondaire, un produit du but auquel elle doit servir ». Pour qu'une règle mérite la dénomination du droit, il faut qu'elle soit capable de se réaliser : « La fonction du droit en général est de se réaliser. Ce qui ne se réalise pas n'est point du droit. Dans le sens opposé, tout ce que produit cette fonction, est droit, même avant d'être reconnu comme tel (droit coutumier) » (3).

Lorsqu'on parle de la réalisation du droit, il faut distinguer la réalisation matérielle et la réalisation formelle. Le criterium qui rend possible la constatation de la première est l'utilité ou l'opportunité. C'est un critère relatif qui dépend des exigences de l'époque, du caractère particulier du peuple et des conditions mêmes de la vie. La réalisation formelle est assurée par la facilité et la sûreté de l'appli-

(1) Traduction française, par O. de Meulenaere, Paris MCML.

(2) *L'esprit du droit romain*, tome 1^{er}, page 49.

(3) *L'esprit du droit romain*, tome 1^{er}, page 50.

tion du droit abstrait aux cas concrets. Appliquer une règle de droit, dit Jhering, c'est discerner et exprimer concrètement ce qu'elle propose abstraitement (1).

Dans l'exposé de la doctrine de R. Von Jhering, deux mots retiendront particulièrement notre attention : *l'utilité* et *l'opportunité*. Ces deux termes, à eux seuls suffisent pour nous donner une idée sur le système de l'auteur du *Zweck im Recht*. Quand le droit est déterminé par des considérations d'opportunité et d'utilité on sait où cela peut nous mener.

Jhering se déclare être opposé aux théories de Kant et de Hegel. Kant et son école, dit-il, ne sont point élevés dans leur définition au dessus de la manifestation extérieure du droit qui est la contrainte. Quant à Hegel, lui, il a placé la substance du droit, tant dans le sens objectif que subjectif, dans la volonté. Ni Kant, ni Hegel ne sont dans la vraie voie. Leurs doctrines aboutissent à de purs formalismes. Pour Jhering, les définitions de ces deux auteurs ne sont acceptables et suffisantes que « pour l'expression dogmatique du droit ».

La volonté n'est pas le but du droit, elle en est le moyen. Les droits existent pour garantir les intérêts de la vie, aider à ses besoins et réaliser ses buts. Le droit ne produit rien d'inutile; par conséquent c'est l'utilité, non la volonté qui est la substance du droit (2).

C'est un fait incontestable que Jhering, en assignant au droit un but et en donnant un rôle secondaire de moyen à la volonté, dépasse ses prédécesseurs. Il s'oppose non seulement à Kant, mais aussi à Savigny. Ce dernier commet,

(1) *Loc. cit.*, page 52.

(2) *Loc. cit.*, tome IV, page 327.

à ses yeux une grande erreur en voulant voir dans le droit un produit de l'histoire. Il critique le fatalisme historique et le déterminisme juridique. Supprimer le rôle de la volonté humaine dans la création de la règle juridique est « une des hérésies les plus redoutables qu'on puisse concevoir » (1). L'historicisme de Jhering se sépare et pour ainsi dire s'éloigne de l'école de Savigny. Chez cette dernière l'idée d'évolution historique avait un caractère conservateur. Le présent et l'avenir étaient reliés au passé et dépendaient de lui. Au contraire dans le système de Jhering, les traces d'une tendance progressiste, voulant s'émanciper du droit traditionnel, sont manifestes (2).

La valeur que Jhering attribue à la volonté, est par là à la force, dans la réalisation du droit objectif et des droits subjectifs apparaît dans toute son ampleur dans son ouvrage intitulé : *La lutte pour le droit* (3). Ce livre débute par ces lignes très caractéristiques et significatives : « *la paix est le but du droit; la lutte est le moyen de l'atteindre...* la vie du droit est une lutte : lutte des peuples, de l'Etat, des classes, des individus. Tous les droits du monde ont été acquis en luttant, toutes les règles importantes du droit ont dû commencer par être arrachées à ceux qui s'y opposaient... Après une longue période de paix, la croyance à la paix perpétuelle atteint l'apogée de sa floraison, jusqu'à ce que le premier coup de canon fasse s'évanouir le beau rêve et qu'à la place d'une race qui a joui sans peine de la paix, vienne s'en placer une autre qui doit la mériter d'abord par les rudes labeurs de la guerre ».

(1) Cité par Le Fur : *Les grands problèmes du droit*, page 363.

(2) Merkel : *Rudolphe von Jhering*, extrait de la « *Revue Générale du droit* », Paris, 1894.

(3) Traduction française par O. de Meulenaere, Paris, 1890.

On voit combien la ressemblance est grande entre les idées de Jhering sur la guerre et la paix et les doctrines de Kant et de Hegel. La guerre est noble et déterminante aussi bien que chez le premier et le dernier de ces juristes philosophes. Le droit existe pour son but qui est la paix. Mais pour arriver à cette fin, nous dit Jhering, le seul moyen est la lutte, la guerre. Il nous invite à l'étude de l'histoire qu'il cite comme principal témoin. Toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit, dit-il, ont dû être remportées au prix de luttes ardentes. L'homme doit agir, et agir avec l'application de toutes ses forces (1). L'école historique de Savigny et de Puchta en affirmant que le droit « se forme sans douleur, sans peine, sans action, comme l'herbe des champs » (2) a violé la réalité des faits que l'histoire nous enseigne.

La lutte pour le droit est un devoir d'honneur pour tous, dit-il, qu'il s'agisse soit d'un peuple, soit d'un individu. Quand un droit est violé, quand un arpent de terre est enlevé, même sans aucune mauvaise intention de la part de la personne qui commet l'injustice, la lutte s'impose. Il ne faut pas se laisser faire. Bref chaque intéressé défend dans son droit les conditions morales de son existence (3). *La force du droit réside non pas dans la raison, mais dans le sentiment* (4). La douleur qu'on éprouve devant l'injustice provoque la lutte et l'action. Car c'est par là que notre sentiment juridique est excité (5).

(1) *La lutte pour le droit*, page 11.

(2) *La lutte pour le droit*, page 12.

(3) *La lutte pour le droit*, page 36.

(4) *La lutte pour le droit*, page 48.

(5) *La lutte pour le droit*, page 50.

R. Von Jhering termine son livre en faisant siennes les paroles de Goethe :

*Telle est de la sagesse le dernier mot :
Celui-là seul mérite et la liberté et la vie
Qui doit les conquérir chaque jour (1).*

Il est le temps maintenant de se demander quel est ce but dont Jhering, en vue de sa réalisation, nous invite à une lutte perpétuelle. Puisque le droit existe pour une fin et puisque la volonté est un moyen pour l'atteindre, il serait très compréhensible qu'on veuille savoir le contenu de cette finalité qui est le motif de notre action.

C'est dans le *Zweck im Recht* que Jhering analyse le fondement philosophique et veut déterminer la source première du droit. Son point de départ se résume dans ces mots : *point d'action sans but* (2).

La loi naturelle de l'homme, ainsi que de l'animal, est l'égoïsme. L'existence, en dépit de cette loi, d'une société devient possible grâce à la coïncidence des buts. La nature enseigne à l'homme le moyen de rattacher son propre but à l'intérêt d'autrui (3). Dans la communauté moderne des hommes les buts sont le plus souvent organisés. Il se forme ainsi des groupements poursuivant la réalisation d'un même but, tels que la société, l'union, l'association, etc. Grâce à cette identité des intérêts, on arrive à formuler la loi suivante : *chacun pour le monde et le monde pour chacun* (4).

(1) *Faust* : 2^e partie, page 435, édition allemande de Cotta à Stuttgart, 1851.

(2) *Zweck...*, page 2.

(3) *Zweck...*, page 25.

(4) *Zweck...*, page 63.

La justice n'est autre chose que ce qui convient à tous, ce qui assure l'existence de tous (1). Le droit représente la forme de la garantie des conditions de vie de la société, assurée par le pouvoir de contrainte de l'Etat (2). Le droit international a le même fondement que le droit interne public et privé. C'est toujours l'intérêt qui détermine et commande les actes des Etats. Jhering dit que l'homme ne peut pas ne pas vivre en communauté. Mais celle-ci n'est pas une communauté des peuples dans laquelle toutes les nations sont traitées sur le pied d'égalité. Il y a le vainqueur et le vaincu. Ce dernier n'est pas exterminé par le peuple le plus fort, car l'intérêt de celui-ci veut qu'il contribue à sa satisfaction : « Est-ce l'humanité qui détermine le vainqueur à remettre l'épée au fourreau avant que le vaincu fut enchaîné à ses pieds, et à le traiter généreusement ? Ce ne fut pas un autre sentiment que celui qui lui avait fait épargner sa vie ; c'est-à-dire son intérêt propre... c'est ainsi que *l'intérêt seul conduit au droit, qui est la paix*... La force s'impose ainsi à elle-même une limite qu'elle veut respecter, et se crée une norme qu'elle n'entend pas méconnaître. Cette norme consentie par elle-même c'est le droit... On aboutira toujours à la puissance du plus fort dictant le droit au plus faible... Le droit naît de la puissance du plus fort, qui, guidé par son propre intérêt, restreint par la norme sa propre puissance » (3).

Nous croyons que ces quelques lignes citées textuellement suffisent pour donner une idée aux lecteurs sur la doctrine de Jhering. La force au service de l'intérêt qui, lui même guidé par l'égoïsme, crée le droit. Dans le domaine des

(1) *Zweck...*, page 93.

(2) *Zweck...*, page 292.

(3) *Zweck...*, pages 165-166-167-168.

relations internationales, c'est une auto-limitation du pouvoir du plus fort qui n'est lié que par sa propre volonté. Comme l'intérêt commande tout à un moment donné, l'Etat qui se considérera lésé dans son intérêt, violera le droit précédemment établi. Dans ce fait, il ne faut voir aucune injustice. Cette doctrine est une identification complète du droit et de la force. Le droit est un accessoire; l'élément essentiel de la vie sociale, de la communauté humaine est la force (1); celle-ci dicte le droit (2).

L'Etat étant le détenteur de la force, est donc l'unique source du droit. A l'intérieur la personne qui s'occupe de l'organisation de la force est le souverain. C'est lui qui applique la contrainte. Il est l'autorité suprême. Au dessus de lui n'existe aucun autre pouvoir. Dans le domaine du droit international la contrainte n'est pas organisée. Chaque Etat étant souverain, aucun d'entre eux ne peut contraindre juridiquement l'autre. Pour réaliser le droit interétatique, la contrainte s'exerce sous la forme imparfaite qu'elle avait à l'origine : celle de *la force brutale et déréglée* (3). Les relations de peuple à peuple sont donc à l'heure actuelle dans la phase primitive que tout droit a connu : justice privée.

Jhering veut ainsi affirmer que la guerre est la seule loi des Etats.

IV

Jellinek

George Jellinek refuse lui aussi l'idée de droit naturel. Le fondement du droit n'est pas, d'après lui, rationnel. Le droit a pour fondement « le fait ». Au commencement il

(1) *Zweck...*, page 169.

(2) *Zweck...*, page 174.

(3) *Zweck...*, page 219.

n'y a pas lieu de se demander si ce fait « est conforme à la raison ou non. La seule chose qui compte c'est l'existence du « fait » et de sa « force normative » (1). Voici comment les règles de droit se sont établies : tout d'abord on obéit par crainte ou par un autre motif, aux ordres d'une autorité religieuse ou politique. La répétition dans le temps de ces ordres leur donne une force interne indépendante de l'autorité. La norme apparaît ainsi comme un commandement devant lequel toute la communauté s'inclinera. La norme juridique n'a donc sa source ni dans l'esprit populaire, ni dans une conviction généralement répandue, ni dans un acte de volonté tacite du peuple. D'après une tendance psychique générale, un fait incessamment renouvelé est considéré par tout le monde, comme une règle.

Avec cette doctrine, du moment qu'un état de choses existe, il est considéré conforme au droit. Pour remplacer la situation actuelle par une autre, il faut justifier que ce nouvel état est meilleur. Car dans le système juridique, un état de choses donné sera en même temps l'état de choses reconnu par le droit.

L'identification du droit avec le fait est complète. Aucune autre considération ne doit entrer en compte. Maintenant on peut se demander de quelle manière pourrait-on distinguer les faits entrant dans le domaine embrassé par le système juridique, et ceux qui en restent exclus ? Jellinek

(1) « Ce serait renverser complètement l'ordre des choses que d'aller chercher le fondement de cette force normative du fait dans des considérations d'ordre rationnel plus ou moins conscientes. Le fait peut bien, par la suite, recevoir un caractère rationnel ; mais sa force normative réside dans la nature humaine elle-même qui physiologiquement et psychologiquement, reproduit avec plus de facilité ce qu'elle a fait déjà une fois. » (Jellinek : *L'Etat moderne et son droit*, tome 1^{er}, page 511).

cite trois caractères distinctifs pour les règles juridiques : 1° ce sont des règles relatives aux rapports externes des hommes entre eux; 2° ce sont des règles promulguées par une autorité extérieure et reconnue; 3° ce sont des règles dont l'obligation est garantie par des forces externes.

Ces caractères permettent d'une part la distinction entre la morale, la religion, la coutume et le droit (1); de l'autre il fortifie le rôle que joue la force dans la doctrine de Jellinek. En effet, tout d'abord dans la morale ou la religion l'un ou les deux caractères précités font défaut. Et puis l'existence indispensable d'une autorité extérieure, et la garantie apportée par des forces externes nous montrent combien ce système se rapproche des précédents. Nous sommes tout près de Kant et de Hegel. Quand Jellinek affirme qu' « un principe de droit ne fait partie de l'ordre juridique que quand il est obligatoire » (2), il adhère sans réserve à la doctrine de force. Il est vrai qu'il précise sa pensée en déclarant que la force dont il parle est une force purement psychologique et qui prend sa source dans notre conviction. C'est sur cet élément subjectif, que Jellinek veut, en dernier lieu, fonder son système juridique. Mais il ne tarde pas de constater l'insuffisance de cette conviction. C'est pourquoi il veut la compléter par une garantie. Alors l'intervention de ce qu'il appelle « des forces sociales » devient nécessaire. La règle juridique prend sa source dans la psychologie individuelle. Celle-ci par une conviction interne ordonne l'obéissance à une règle devenue telle par la répétition d'un fait. Le maintien de cet état de choses sera garanti par des forces sociales psychologiques dont l'action confère à la règle le pouvoir de s'affirmer comme motif

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 505.

(2) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 505.

d'action, même contre des motifs individuels opposés (1). Autrement dit le respect du « fait », reconnu comme « droit », sera assuré par la contrainte. Seulement ce n'est pas, comme nous l'avons vu chez Kant, une contrainte exclusivement étatique, mais c'est un ensemble de forces diverses équilibrées par des intérêts contradictoires. Jellinek s'exprime à ce sujet en disant que « *le droit est un compromis entre les intérêts divers et opposés* » et pour donner plus de précision il ajoute : « mais ce compromis est la résultante de la force des intérêts aussi bien que de la puissance sociale des intéressés et par conséquent ce seraient ces relations, toutes de fait, entre des forces diverses, qui formeraient la base du droit et qui y trouveraient leur expression ».

Dans le domaine du droit public interne les principes directeurs des relations de l'Etat et des particuliers découlent d'une affirmation semblable aux précédentes : les relations purement réelles d'ordre politique doivent être considérées comme rapports juridiques (2).

Le droit international tel qu'il est conçu par Jellinek, ne diffère pas dans ses principes fondamentaux de celui des publicistes qui précéderent notre auteur. Le mécanisme imaginé et proposé pour l'organisation juridique d'une communauté sociale, dans les cadres d'un Etat déterminé, s'appliquera aussi aux relations qui débordent les limites du pouvoir étatique. C'est toujours l'élément historique qui exerce son influence. Dans des rapports interétatiques, on commence à observer certaines règles et, peu à peu, la répé-

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 505.

(2) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 515.

tition de l'application de ces règles amène les peuples à attribuer à ces faits une force impérative. Ces normes constituent les premiers principes du droit des gens.

L'élément rationnel, bien que son rôle soit secondaire, contribue comme dans le droit interne au développement du droit international. Sous la pression des exigences rationnelles, les Etats concluent des traités (1).

Mais une différence essentielle sépare le droit interne du droit externe. Le premier est un droit de subordination, le second de coordination. Le droit international n'est pas basé sur l'impérisme; donc c'est un droit anarchique. Il n'y a pas un pouvoir ou un droit supérieur à celui des Etats. Le droit interétatique a pour fondement la volonté de l'Etat qui consent à limiter sa propre force (2). L'Etat n'est soumis qu'à sa propre volonté : dans tout traité on trouve une obligation de la puissance commandante elle-même, qui ne peut avoir sa source que dans un acte de souverain. Jellinek affirme, il est vrai, qu'il considère la volonté comme une source formelle et qu'il trouve la source profonde du droit des gens dans « des nécessités découlant des rapports internationaux et convictions et désirs des peuples et des hommes d'Etat » (3). Mais cela revient au même, puisqu'il ne connaît pas une autorité supérieure à l'Etat, cela sera toujours ce dernier seul à apprécier et à décider sur la nécessité découlant des rapports internationaux.

Se référant à l'impératif catégorique de Kant, Jellinek dit que le droit est tenu par devoir au respect de sa propre loi. D'après lui, le concept de l'obligation est un concept unitaire. De ce fait l'obligation juridique et l'obligation

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 560.

(2) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 564.

(3) *Loc. cit.*, tome 2, page 134.

morale bien que distinctes, concordent sur ce point. Se basant sur cette déclaration, Jellinek soutient qu'il n'y a aucune contradiction dans une théorie qui formule *le principe d'auto-obligation des Etats*. Cette auto-obligation, ajoute-t-il, a son principe dans les convictions juridiques dominantes.

La souveraineté n'est pas un pouvoir sans limite. Mais elle ne connaît aucune limitation émanant d'une autorité étrangère. Elle a la capacité de se déterminer elle-même. « c'est par suite la limitation autonome du pouvoir politique ».

On ne comprend vraiment pas où veut arriver Jellinek. Car après avoir dit que la souveraineté est limitée par l'Etat lui-même, il ajoute : l'Etat peut s'affranchir de toute limite qu'il s'est imposée lui-même mais seulement en respectant les formes du droit, et en s'imposant de nouvelles limites » (1). A quoi bon dans ces conditions, parler d'un droit international ? L'Etat lié par sa parole s'en dégagera unilatéralement, au moment où il jugera opportun l'accomplissement de cet acte. Et pour se donner de nouvelles limites, s'il est fort, il imposera à l'autre ou aux autres Etats les exigences de sa volonté arbitraire. Puisqu'il n'existe aucun pouvoir, ni aucun principe supérieur à l'Etat on ne pourra lui invoquer un argument décisif pour l'empêcher de s'entraîner dans cette aventure. Seule la force brutale jouera le rôle principal ; et le détenteur de cette force acculera les autres membres de la communauté sociale à de pires humiliations.

C'est un système, autant que celui de Jhering, anarchique, dans lequel la civilisation succombera. Car, comme le fait

(1) *Loc. cit.*, tome II, page 137.

remarquer Brierly, une auto-limitation n'est pas, au sens vrai du terme, une limitation (1).

V

Triepel

Heinrich Triepel avec sa théorie bien connue de la Vereinbarung pose le problème du fondement du droit international d'une autre manière que ses prédécesseurs. Chez tous les philosophes et juristes allemands que nous avons étudiés jusqu'ici, la source du droit externe et interne se trouve dans la volonté de l'Etat. Dans la doctrine exposée par Triepel, le point essentiel n'éprouve aucun changement. C'est toujours la volonté qui crée le droit. Ce qu'il y a de nouveau dans la nouvelle thèse, ce que cette volonté n'est plus celle d'un seul Etat se limitant par une auto-obligation et donnant ainsi naissance à des règles de droit interétatiques. Les normes du droit international sont créées par la volonté concordante des Etats. La création de la règle juridique est une déclaration de volonté. D'après Triepel « la propriété d'être l'émanation d'une volonté supérieure est le caractère essentiel qui distingue la règle juridique des autres règles qui concernent les hommes et leurs relations; c'est le seul caractère par quoi se distinguent le droit et l'usage, c'est un des principaux caractères par quoi se distinguent le droit et la morale » (2). La seule source du droit (Rechtsquelle) est donc la volonté dans le contenu forme la règle juridique. A ce sujet, il faut faire une distinction entre le

(1) Brierly : *Force obligatoire du droit international*. Cours de La Haye 1928, tome 23, page 483.

(2) Triepel : *Droit international et droit interne*, 1899, traduction française par René Brunet, Paris 1920, p. 29.

droit interne et le droit international. Car l'un et l'autre sont les résultats des volontés différentes et chacun d'eux régit des rapports distincts.

Le droit interne est créé par la volonté d'un seul Etat; de ce fait, ce droit ne peut être appliqué que dans la sphère réservée à cet Etat. Quand on sort en dehors des relations concernant une seule société donnée et déterminée, le droit interne n'est plus applicable. Chaque Etat règle les relations des sujets qui lui sont soumis. Autrement dit, pour le droit interne il y a une situation de subordination dans laquelle prend place d'une part l'Etat, de l'autre les sujets de cet Etat. Il arrive parfois que l'Etat accorde à un Etat étranger des droits contre lui. Dans ce cas aussi, nous nous trouvons dans la sphère d'action du droit interne. Car dans cette reconnaissance, il n'y a « rien qui diffère de ce qui se passe quand il reconnaît contre lui-même des droits à ses sujets, qu'ils soient des nationaux ou non, ou à leurs associations » (1). La source de ces règles juridiques étant la volonté d'un seul Etat, leur caractère reste le même.

Le droit international s'applique aux rapports des Etats coordonnés (2). Il règle des relations d'Etat à Etat. La communauté internationale possède son système juridique. Les membres de cette communauté sont indépendants les uns des autres et ne sont soumis à aucune puissance étatique supérieure (3). C'est à la lumière de cette réalité qu'il faut se demander : quelle est la source d'où découle les règles juridiques internationales.

Une règle juridique est « le contenu d'une volonté manifestée dans le but de limiter des sphères de volontés humai-

(1) *Loc. cit.*, page 18.

(2) *Loc. cit.*, page 20.

(3) *Loc. cit.*, page 28.

nes » ; en d'autres termes, elle est le contenu « d'une volonté supérieure à la volonté individuelle » (1). Pour le droit international cette volonté créatrice « ne peut pas appartenir à un Etat seulement » (2). Les lois concordantes de plusieurs Etats mêmes ne pourront être imposées aux membres égaux de la communauté internationale. Alors il faudra recourir à une volonté commune (*Gemeinwille*) de plusieurs Etats, constituant une unité de volonté (3).

Dans quelle forme cette volonté commune prendra naissance ? Triepel repousse l'idée du contrat. Le contrat, dit-il, est l'accord de plusieurs personnes dont les intérêts diffèrent mais correspondent pour des déclarations de volonté, de contenu opposé, mais visant un même but extérieur (4). De cette définition du contrat il faut d'après Triepel, tirer la conclusion suivante : un accord de volonté de cette nature ne peut pas engendrer une volonté commune. De ce fait, le contrat n'est pas le moyen par lequel on crée un droit qui a comme source une volonté commune (5). Reprenant alors le terme déjà employé et défini par Binding, Triepel propose la *Vereinbarung* comme un moyen propre à réaliser une volonté commune. Qu'est-ce que c'est la *Vereinbarung* ? Suivant la définition de Binding, c'est : *une fusion de volontés différentes ayant un même contenu* (6).

La différence qu'il existe entre le contrat et la *Vereinbarung* est manifeste. Dans le contrat, les déclarations de volonté sont opposées. Chaque partie veut par le contrat,

(1) *Loc. cit.*, page 29.

(2) *Loc. cit.*, page 32.

(3) *Loc. cit.*, page 32.

(4) *Loc. cit.*, page 44.

(5) *Loc. cit.*, page 45.

(6) *Loc. cit.*, page 49.

réaliser un objet différent. Au contraire, dans la *Vereinbarung*, chacune des parties déclare une volonté absolument semblable à la volonté des autres parties (1). Chacun déclare à l'autre une même intention. Le résultat qu'on veut obtenir est le même pour tous. On peut résumer la différence qui existe entre ces deux notions dans ces lignes : « tandis que le contrat doit servir à la satisfaction d'intérêts opposés, la *Vereinbarung* est destinée à satisfaire à des intérêts communs ou semblables » (2).

Pour illustrer ces explications par des exemples, Triepel cite le cas dans lequel les administrateurs d'une société se mettent en accord pour la conduite des affaires, l'accord des parents pour l'éducation religieuse des enfants, etc... Dans ces exemples, il y a la réalisation d'une *Vereinbarung* et non d'un contrat.

Il faut aussi faire une distinction entre *Vereinbarung* et *Gesamtakt*. Ce dernier est « le droit ou le devoir d'accomplir un acte semblable ou commun » qui naît de la *Vereinbarung* (3). Par exemple, la convention entre deux ministres sur un règlement à édicter en commun est une *Vereinbarung*. La promulgation en commun de ce règlement est un *Gesamtakt*. Dans le domaine du droit international, le traité est une *Vereinbarung* entre Etats (4). Mais il faut distinguer le traité-contrat qui est incapable de créer un droit objectif. Partout où il n'y a pas une volonté commune, il y a un traité-contrat. Au contraire, les traités *Vereinbarung* sont seuls à créer le droit international. Les Etats qui contribuent à la réalisation d'une *Vereinbarung*

(1) *Loc. cit.*, page 51.

(2) *Loc. cit.*, page 52.

(3) *Loc. cit.*, page 57.

(4) *Loc. cit.*, page 69.

veulent tous la même chose : la création d'une règle juridique qui doit les régir tous également dans l'avenir (1). Toutes les fois qu'il y a l'intention d'adopter une règle qui doit régir les conduites des Etats à l'avenir, et d'une façon permanente, il y a *Vereinbarung*.

Les règles du droit international créées par ce procédé ne sont applicables qu'aux Etats qui ont pris part à la déclaration de la volonté commune : « Nul Etat n'est, sans y avoir adhéré, lié par une règle née d'une *Vereinbarung* » (2). Il n'y a pas ici lieu à des considérations de majorité. La majorité ne peut jamais s'imposer à un Etat qui a manifesté son dissentiment lors de la réalisation de la *Vereinbarung*.

Ainsi la norme du droit international se trouve être créée par une volonté qui est à la fois celle de l'Etat et une volonté étrangère à cet Etat. Ce n'est pas seulement sa propre volonté. Ce n'est pas aussi une volonté complètement étrangère.

Triepel repousse la théorie de l'auto-limitation dans sa forme soutenue par Jellinek (3). Il accepte l'idée selon laquelle une volonté puisse dans le domaine de l'éthique se soumettre à ses propres ordres. Mais, dit-il, dans le domaine du droit « qu'une limitation juridique puisse être imposée à un sujet vis-à-vis d'autres sujets seulement par son propre commandement interne, je tiens cela pour une chimère ».

Malgré la condamnation nette de la théorie de l'auto-limitation par Triepel, un examen attentif permet de constater que la *Vereinbarung* n'est autre chose qu'une auto-limitation à peine déguisée. Car, quand on aborde l'étude de la question de savoir d'où les règles juridiques créées par

(1) *Loc. cit.*, page 69.

(2) *Loc. cit.*, page 74.

(3) *Loc. cit.*, page 78.

la volonté commune, tirent leur force d'obligation, une réponse satisfaisante n'est pas donnée par le défenseur de la *Vereinbarung*. Pour le droit interne, Triepel voit dans la constitution la norme première dont toute *Vereinbarung* tire sa force obligatoire. Mais à l'extérieur, de l'aveu même du juriste allemand, « il n'existe pas pour la *Vereinbarung* d'où sorte la règle du droit international un fondement qui ait cette solidité ». Alors pourquoi un Etat serait-il obligé de respecter sa volonté antérieure, si sa volonté présente commande une autre attitude que la précédente ? Triepel ne pouvant, sans tomber dans la contradiction avec sa propre thèse, trouver une réponse logique et scientifique se contente de dire : je crois qu'on peut se contenter d'affirmer qu'*il se sent* tenu par cette règle (1).

On voit bien qu'avec cette croyance à un élément autre que la volonté, à ce sentiment métaphysique, Triepel trahit sa doctrine.

L'aboutissement logique du développement de la thèse qui voit la source des règles juridiques internationales dans la *Vereinbarung* devrait être l'acceptation de l'auto-limitation de la volonté étatique comme le fondement des normes du droit international. Bien que Triepel déclare voir le fondement de la validité du droit en dehors du droit (2) donne, dans les lignes qui suivent cette affirmation, une explication qui nous a paru très importante. On voit par là combien il est imbu des idées de ses prédécesseurs volontaristes ; et combien il se rapproche de la doctrine de l'auto-obligation. Voici ce qu'il déclare : « J'estime que la force obligatoire du droit international réside, d'abord en ce que la volonté commune — dont l'Etat considère le contenu com-

(1) *Loc. cit.*, page 81.

(2) *Loc. cit.*, page 81.

me la norme de sa conduite vis-à-vis des autres Etats — ne constitue pas pour l'Etat une volonté complètement étrangère; elle est en même temps sa propre volonté, de sorte qu'elle ne lui impose rien qu'il ne soit lui-même imposé » (1).

Puisque le droit international est l'ensemble des règles qui n'imposent à l'Etat « rien qu'il ne soit lui-même imposé » et puisque la volonté qui a créé ces normes est « en même temps la propre volonté de l'Etat », ce droit prend donc sa source et trouve son fondement qui le rend obligatoire dans une auto-obligation de l'Etat.

L'exposé que nous venons de faire montre bien que Triepel est un positiviste convaincu. Son système est un développement des idées qui se succèdent depuis Hegel. Tandis que Savigny parlait encore « d'une conscience juridique » des peuples, Jhering donnait pour but au droit international l'établissement de la paix entre les nations, Jellinek déclarait sans équivoque que la source du droit était le fait social, Triepel dépassant tous ces auteurs arrive à un positivisme exclusif. A ses yeux, le droit international est un droit qui prend naissance dans la volonté des Etats. Aucune autre source n'existe pour pouvoir mettre au monde des règles juridiques.

VI

La doctrine nationale-socialiste du droit

Qu'est-ce qu'il y a de plus facile dans une étude sur le positivisme juridique de tracer les lignes générales de la doctrine de droit du III^e Reich ? En effet depuis l'avènement du régime national socialiste, le système juridique allemand se trouve être complètement transformé dans ses bases et dans son fondement. La constitution de Weimar, l'œuvre de la sociale démocratie d'après guerre, bien qu'elle

(1) *Loc. cit.*, page 81.

ne soit pas formellement abolie, n'a qu'une valeur historique. Le nouveau régime s'est introduit en se basant sur la constitution de Weimar. Mais par la suite une série de lois, telles que la loi des pleins pouvoirs de 1933, la loi concernant le chef de l'Etat du 1^{er} août 1934, etc..., vinrent et enlevèrent toute l'autorité pratique de cette Constitution.

Le régime national-socialiste est, si l'on peut dire, la réalisation de la pensée et de l'idéal traditionnel de la philosophie allemande. L'Etat, être suprême incarné dans la personne du chef (le Führer chancelier), est la source unique de tout droit. S'il existe une certaine séparation de fonctions entre divers organes du gouvernement c'est une pure question de technique. Pratiquement le Reichstag n'est qu'une assemblée enregistreuse.

Le Führer jouit d'une puissance sans exemple dans l'histoire de l'Allemagne. La jonction des fonctions de chef d'Etat et de chef du gouvernement lui a conféré un pouvoir, que le Kaiser n'avait jamais pu posséder. Même le pouvoir judiciaire se trouve entre les mains du Chef. Après le mouvement révolutionnaire de Roehm en 1934, M. Adolphe Hitler prononçait ces paroles très significatives : « A cette heure j'étais responsable du destin de la nation allemande et *j'étais par cela le justicier suprême du peuple allemand* » (1). La doctrine de la séparation des pouvoirs dont Montesquieu fut le champion est donc rejetée par la nouvelle Allemagne. L'exécutif, le législatif et le judiciaire, tous sont rassemblées entre les mains d'un seul homme. La destinée de tout un peuple dépend de la volonté, du pouvoir, et de la défaillance du Führer : un peuple, un Führer, un Reich.

(1) Gerhart Riegner : *Le pouvoir du Führer chancelier en Allemagne*; Revue du droit public et de la science politique 1935, page 706.

A l'heure actuelle on ne peut pas dire que la doctrine nationale-socialiste est définitivement conçue et exposée. Selon l'avis de M. R. Bonnard, les théoriciens allemands « dans un effort intellectuel de construction vraiment admirable » (1) s'efforcent de donner chaque jour une nouvelle formule de la théorie de l'Etat et du droit. Jusqu'au moment où on aura enfin une définition précise, nous sommes obligés de nous contenter des conceptions purement relatives. « Car, dit M. Bonnard, le développement et les progrès de la doctrine sont si rapides, vu l'ardeur que les théoriciens mettent à construire, que la doctrine rapportée dans ces livres est déjà dépassée au moment où ils paraissent, du fait que, pendant le temps de leur rédaction et de leur impression de nouvelles découvertes ont surgi » (2). Ce fait est une preuve de plus pour démontrer la liaison entre les idées de Hegel, de Savigny, etc..., et le national-socialisme : on est dans une évolution continue.

Le national-socialisme se dessine devant nos yeux comme une combinaison entre l'historicisme et la statolatrie. Les juristes allemands disent que le peuple est la source du droit. C'est l'esprit du peuple (Volksggeist) qui crée le droit. De cette affirmation des théoriciens nazis, M. Bonnard tire une conclusion assez curieuse; selon lui, le fait de faire découler le droit de l'esprit du peuple constituerait une négation du positivisme juridique (3). Mais comment ce peuple créerait le droit puisque lui-même est « conduit » par le Führer. De même, M. Bonnard proclame encore que

(1) R. Bonnard : *Le droit et l'Etat dans la conception nationale socialiste*; Revue du droit public et de la science politique, 1936, page 209.

(2) *Loc. cit.*, page 240.

(3) *Loc. cit.*, page 242.

dans la conception naziste, l'Etat est dépourvu et de sa personnalité et de sa souveraineté. Il arrive à ce résultat en se basant sur le mot *Leitung* (direction). Le Führer n'exerce pas une souveraineté, mais une direction. « Ainsi, ajoute M. Bonnard, dépouillé de sa personnalité et de sa souveraineté, n'étant plus un but en soi, cet Etat que l'ancienne doctrine allemande avait divinisé, descend au rang de ce moyen, d'instrument mis entre les mains du Führer : *Der staat ist nur ein Apparat !* » (1).

Dans ces lignes qui précèdent, et qui sont écrites pour démontrer le rôle secondaire assigné à l'Etat sous le régime national-socialiste, nous trouvons une démonstration de l'absolutisme que jouit, sous ce même régime, ce même Etat. Entre l'ancienne doctrine et la nouvelle, la seule différence qui existe est dans les formes, mais non pas dans le fond. Concentrer tous les pouvoirs d'une nation (ou d'un Etat, rien n'est changé avec les mots) entre les mains d'un seul homme qui peut décider du sort des millions d'individus est la plus poussée des formes d'absolutisme possible et imaginable. Le Führer est un homme comme tous les autres. Il possède les mêmes qualités et les mêmes défauts que nous tous.

Remplacer les termes d'Etat, de souveraineté, de personnalité par ceux de peuple ou nation, de *Leitung*, de *Führung*, n'est qu'un simple jeu de mots. Pour rester fidèle à la réalité des choses il faut aller jusqu'au fond des idées exprimées par les mots trompeurs. La pratique de l'Etat allemand apporte chaque jour un nouvel élément propre à confirmer notre constatation. La seule chose que nous pou-

(1) *Loc. cit.*, page 213 ; voir aussi Ulrich Scheuner : *Le peuple, l'Etat, le droit et la doctrine nationale socialiste*. Revue du droit public et de la science politique, 1937, page 38.

vons admettre, en dehors de cette observation, c'est ce fait que le régime nazi gouverne, ou bien veut gouverner, en effet, pour le peuple. Mais le moyen qu'il a choisi pour arriver à cette fin ne procure aucune garantie en ce qui concerne les droits et la liberté des individus. Devant un groupement où tout dépend d'un seul homme, on a raison d'être sceptique sur les principes de justice et de droit. Dans le domaine des relations internationales, ou plutôt du droit des gens, la doctrine naziste a pour point de départ l'idée de la race. D'après la thèse des nationaux-socialistes « toute l'histoire ne consiste que dans une lutte entre races différentes » (1). Cette lutte est éternelle. L'Etat a son origine dans l'assujettissement d'une race inférieure à une race supérieure. Hitler déclare dans *Mein Kampf* : « Jamais un Etat n'a pu être fondé sur un régime d'économie pacifique, mais toujours sur l'instinct de conservation de l'espèce... » (2). On voit bien que sur cette question aussi le national-socialisme ne nous apporte rien de nouveau. Ce sont les idées émises avant eux par les penseurs français, allemands et anglais. Avec cette théorie nous ne sommes pas trop loin de Darwin et de Spencer, ni de Gobineau. L'aboutissement nécessaire de l'idéologie naziste est la soumission des races plus faibles à la race plus forte. C'est donc le droit du plus fort. « La raison du plus fort est toujours la meilleure » disait La Fontaine.

Le but de l'Etat est la conservation de l'espèce, de la race. Sur ce sujet aussi, écoutons M. Hitler : « l'Etat est le moyen pour un but. Le but consiste dans la conservation et dans

(1) Grete Stoffel : *La doctrine de l'Etat raciste dans l'idéologie nationale socialiste*; archives de philosophie du droit 1936, N° 3-4, page 201.

(2) Cité par Stoffel, page 206 (*Mein Kampf*, page 168).

l'encouragement d'une communauté d'êtres de la même espèce physique et morale » (1). Cette affirmation nous révèle la différence qui existe entre les conceptions nazistes et fascistes de l'Etat. Dans le fascisme, l'Etat est un but.

En face de la religion chrétienne, la position des nazis n'est pas du tout favorable. Alfred Rosenberg, l'un des apôtres de l'idéologie raciste, voit dans le christianisme la cause de la décomposition des Etats nordiques qui étaient les seuls supérieurs et représentants de l'aristocratie du genre humain. « La doctrine chrétienne du péché héréditaire n'exprime que l'abatardissement physique » dit-il.

L'individualisme aussi est un élément de décomposition. La démocratie est la création des Juifs. Le principe majoritaire est une sottise et une lâcheté. Le marxisme est l'œuvre du judaïsme.

La loi de la nature est aristocratique. « Le sens de la Renaissance allemande, s'écrie Rosenberg, consiste à se soumettre aux lois aristocratiques de la nature » (2). Cette hiérarchie n'existe pas seulement entre différentes races, mais à l'intérieur même de la race supérieure, il y a des classes. Les individus qui sont par nature dans les classes inférieures n'ont droit d'espérer aucune amélioration de leur sort (3).

C'est de ces considérations générales que s'inspire l'Allemagne nationale-socialiste dans ses rapports avec les autres Etats. Puisque la race germanique est supérieure à toutes

(1) *Mein Kampf*, page 433.

(2) Cité par Stoffel : *A. Rosenberg : Der Mythos des 20 Jahrhunderts*, page 71.

(3) Stoffel, *loc. cit.*, page 217.

les autres, c'est son devoir de les guider, de les conduire, ou plutôt, pour être plus franc, disons de les dominer. Au nom du peuple allemand, son chef, l'envoyé de Dieu, entreprendra la tâche de sauver l'humanité toute entière. Le ministre de propagande Goebbels s'exprimait en 1936 dans des termes très clairs, n'ayant besoin d'aucun commentaire : « Adolphe Hitler a mis le peuple allemand à la raison, maintenant il s'agit de mettre le monde entier à la raison, car il est irrationnel » (1). Il est vrai, en effet, que le Führer est prêt à donner la paix au monde. Mais par quel moyen ? Il nous le dit : « Nous aurions peut-être la paix... Mais la paix non pas soutenue par le rameau d'olivier des pleurnicheurs pacifistes, mais fondée sur la guerre victorieuse du peuple de maîtres disposés à élever le monde à une civilisation supérieure » (2). Il ajoute encore : « l'idée pacifiste humanitaire sera peut être utile quand l'homme le plus capable aura conquis et soumis le monde et sera devenu le seul maître de la terre » (3). Ce n'est pas tout. Les autres peuples aussi ont un devoir. S'ils sont vraiment pacifistes, s'ils « désirent de tout leur cœur la victoire de l'idée pacifiste dans le monde, doivent exiger avec tous les moyens la conquête du monde par les Allemands » (4).

(1) Discours du 26 janvier 1936 (cité par Stoffel, page 222).

(2) *Mein Kampf*, page 438.

(3) *Mein Kampf*, page 315.

(4) Cette affirmation de Hitler constitue une preuve nouvelle à l'appui de la thèse qui soutient l'idée d'après laquelle la conception traditionnelle allemande ne varie guère. En effet voici ce qui disaient dans un appel lancé le 10 octobre 1914, les professeurs et les universités allemands : « Nous croyons fermement que le salut de toute la culture de l'Europe dépend de la victoire du militarisme allemand. » (Cité par G. Ripert : *Le droit en Allemagne et la guerre actuelle* ; revue internationale de l'enseignement, 1915, tome 69, page 170) ; voir aussi Dietrich von Hildebrand : *Le mythe des races*, archives, 1937, N° 3-4.

En commençant cet exposé nous disions que l'étude de la doctrine nationale-socialiste était très facile. En effet, comme nous venons de le voir, les idées exprimées par les maîtres et les doctrinaires de la nouvelle Allemagne sont claires et simples. Par tous les moyens et surtout par la lutte et la force, ils veulent dominer le monde. Mais cette simplicité a un inconvénient : la doctrine nationale-socialiste est dénuée de fondement scientifique. Nous nous trouvons devant des affirmations arbitraires, il n'y a rien de stable et de précis. Tout est relatif. Au nom d'un dynamisme, on veut renverser les anciennes conceptions, telles que l'humanisme, la justice absolue, etc... Mais ce ne sont pas des notions susceptibles d'être arrachées ni par le ton de la voix, ni même par la force des armes. Tant qu'il existera sur terre des hommes qui mériteront ce nom, on ne pourra pas arriver à domestiquer le genre humain.

CHAPITRE II

L'ECOLE FRANÇAISE

Si l'Allemagne est le pays où l'idée du droit basée sur la force a eu une prédominance au cours des siècles passés et à notre temps, la France au contraire a toujours cru à une idée de droit dépassant toute considération formaliste et volontariste. La théorie du droit naturel trouva ses plus grands défenseurs parmi les philosophes et les juristes français. Aucun système humain ne peut satisfaire l'esprit français s'il n'est pas conforme à la raison. Le peuple de France était et reste attaché à certains principes généraux.

Ses caractères distinctifs résident dans la croyance en une justice absolue, dans un attachement à la liberté et à des droits naturels fondamentaux. Alfred Fouillée (1) écrivait avec raison que la conséquence de ces considérations était que le peuple français voulait, en tête de chaque constitution politique, une déclaration de droits. La réalisation pratique de ces principes ne l'intéressaient pas beaucoup ; ce qu'il désirait avant tout c'est une déclaration des principes essentiels. Guizot était de ce même avis : « l'esprit français est à la fois rationnel et raisonnable » (2). Au sujet des conceptions allemandes et françaises, Boutroux écrivait ceci : « En face de cette apothéose du germanisme

(1) *L'idée moderne du droit*, page 167, Paris, 1878.

(2) Cité par J. Bonnecase : *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 1, page 39, Bordeaux, 1933.

qu'elle a vu avec stupeur succéder à la pensée large et accueillante d'un Leibnitz ou d'un Goethe, la France a maintenu jalousement l'idéal classique, auquel, de longues dates, elle s'est attachée, et elle en a pris une confiance de plus en plus claire et précise. Elle ne parle pas de l'idée de l'infini ou de l'absolu comme norme de la pensée et comme principe de l'organisation du monde. Elle a simplement devant les yeux l'idée d'humanité; et elle se donne pour tâche, en premier lieu, de concevoir le plus judicieusement et le plus noblement possible cette idée, familière à tous les hommes, puis de la réaliser de plus en plus profondément, dans les différentes parties de la vie humaine » (1).

Il est intéressant de voir confirmer par un auteur allemand, M. Ernest-Robert Curtius, dans un livre intitulé : *Essai sur la France*, le caractère romain de l'esprit juridique français, et l'attachement des Français à l'idée de justice : « La justice n'est pas seulement pour les Français une vertu théorique, sa puissance sur l'esprit et la sensibilité du peuple est considérable. Il est impossible d'enflammer le peuple français pour une cause qui ne soit pas, à ses yeux une cause juste... mais si à l'époque révolutionnaire la loi a pu être considérée comme la source unique du droit, et la législation comme l'incarnation la plus pure des principes de la raison, une évolution très profonde s'est effectuée depuis lors; les juristes ont assumé au cours du XIX^e siècle, une fonction nouvelle : celle d'adapter la loi à la transformation des conditions sociales et à l'esprit de temps... la conscience française est saturée de l'esprit juridique, et c'est là à coup sûr un phénomène qui marque la survivance de l'idée romaine » (2).

(1) Cité par Bonnecase, page 40.

(2) Bonnecase : *loc. cit.*, page 48, tome 1^{er}.

En effet, la tendance qui domina toujours en France fut cet attachement à une idée de justice absolue, indépendante des lieux et des temps. D'après l'esprit français la règle de droit doit être avant tout conforme à la justice. Toute règle édictée par l'autorité politique sera analysée suivant ce principe fondamental. Quand le peuple sera convaincu que l'ordre politique et juridique existant ne répond plus aux exigences de la raison humaine, il se révoltera. L'histoire est le témoin imperturbable de ce fait.

Cependant on ne peut pas dire que dans ce pays il n'y a pas eu des courants tout à fait différents de ce que nous venons de parler. Nous avons déjà pu constater que des auteurs comme Jean Bodin, J.-J. Rousseau jetaient des notes discordantes. D'autre part dans la première partie de notre thèse nous avons donné un exposé des doctrines des positivistes philosophiques et sociologiques.

Maintenant nous voulons nous arrêter sur les œuvres des auteurs que nous avons appelés « positivistes juridiques ». C'est au cours du XIX^e siècle que ce mouvement commença à se développer en France. Il faut tout d'abord remarquer que l'influence de Rousseau et de Comte fut grande sur les tenants de cette nouvelle école.

Déjà vers la fin du XVIII^e siècle la doctrine de la révolution fut un pas transitoire entre l'idée du droit naturel et la conception positiviste du droit. Au XIX^e siècle un nouvel élément vint s'ajouter. Les doctrines des philosophes et des juristes allemands qui régnaient dans la première moitié du siècle passé en maître absolu exercèrent une influence décisive sur certains auteurs français (1). Pendant la plus grande partie du XIX^e siècle, les juristes français se bornè-

(1) G. Ripert : *Le droit en Allemagne et la guerre actuelle*. Revue internationale de l'enseignement, 1915, tome 69, page 170.

rent à l'étude du droit positif. La technique juridique absorbait le travail des juristes. Le droit se confondait avec la loi (1). Sous le premier Empire et jusqu'en 1830, un régime très discipliné régnait dans le domaine de l'enseignement juridique. Napoléon en organisant les facultés de droit avait fixé le nombre des professeurs qui devraient y enseigner. Les juristes ne pouvaient exprimer que la pensée de l'empereur. Les professeurs avaient la seule mission d'interpréter le texte de la loi. En cas d'incertitude ou d'obscurité, on devait rechercher « l'intention du législateur ». Bref, il n'y avait pas d'autre droit que la loi.

I

L'Ecole de l'Exégèse

Cette tendance imposée prit une allure de la doctrine d'école. A partir de 1830 jusqu'en 1880, l'Ecole de l'Exégèse régna en maîtresse absolue dans le domaine de la science juridique. La période qui s'étend de 1804 à 1830 fut une époque de transition, de préparation et de recherche. En 1880 un mouvement en sens inverse prit naissance et alla en grandissant de jour en jour. Aujourd'hui, cette tendance classique renouée est plus forte que jamais (2).

M. Bonnecase distingue trois périodes dans la vie de l'Ecole de l'Exégèse : 1° la période de formation (1804-1830) ;

(1) J. Bonnecase, *loc. cit.*, page 80, tome 1^{er} ; de même Bonnecase : *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928 ; *La pensée juridique française à l'heure présente*, archives 1932, Nos 3-4.

(2) C'est une sorte de réaction contre la doctrine de l'école de l'Exégèse ; c'est un mouvement scientifique qui ne se borne pas à l'étude exclusive des textes mais qui étend son action au delà des textes et de la volonté ou de l'intention du législateur pour trouver le vrai fondement du droit. C'est pour cela qu'on l'a qualifié de réaliste et de rationaliste.

2° l'apogée (1830-1880); 3° le déclin (1880-1900). Pour nous il est inutile d'entrer dans l'analyse de chaque période. Nous nous bornerons simplement à essayer de retracer quelques traits caractéristiques des partisans de cette tendance.

Presque tous les auteurs qui faisaient partie de l'école de l'Exégèse répétaient cette phrase attribuée à Bugnet : « Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le code Napoléon ». Ces mots sont suffisants pour nous montrer combien l'Ecole était attachée au texte. Le culte du texte de la loi est une des caractéristiques de l'Ecole. A leurs yeux, les jurisconsultes devaient s'abstenir de tenter de faire le droit. Les magistrats n'ont que la mission d'appliquer la loi telle qu'elle est et non pas de rechercher si celle-ci est conforme ou non à leurs propres consciences juridiques. Voici comment s'exprime un des illustres représentants de l'Ecole, Laurent : « Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète; celui-ci n'a plus pour mission de faire le droit, le droit est fait. Plus d'incertitude; le droit est écrit dans des textes authentiques... Il n'est pas vrai que le rôle des jurisconsultes se trouve abaissé; seulement il ne doit pas avoir l'ambition de faire le droit en l'enseignant ou en l'appliquant; leur unique mission consiste à l'interpréter » (1).

Un autre caractère de l'Ecole de l'Exégèse réside dans la recherche de « l'intention du législateur ». En effet, d'après cette école un texte ne vaut rien par lui-même. C'est l'intention du législateur qui l'anime. Le législateur est l'auteur de la loi. Celle-ci se confond avec le droit. Les deux mots expriment la même notion. La source profonde du droit est l'intention du législateur, autrement dit, la volonté du législateur. La lettre ne peut pas toujours traduire fidèlement l'intention du législateur. Le juriste et le magistrat doivent.

(1) Cité par Bonnecase, tome 1, page 524.

à travers le texte, chercher la vraie expression de cette intention. Le doyen Aubry, en 1857, dans son discours d'entrée de la Faculté de Strasbourg disait : « Dans le principe les auteurs et les tribunaux s'attachent presque exclusivement, aux textes. La lettre règne et parfois elle étouffe l'esprit ». Aubry critique cette manière d'appliquer et d'enseigner le droit. Il invite les auteurs à la recherche de l'intention du législateur. Mais il faut être prudent, très prudent dans cette voie dangereuse. Car, dit-il, trop de gens se trompent et dépassent les limites assignées à l'interprétation. Ces gens là sont plutôt enclins à façonner à leur guise la loi, au lieu de rechercher son véritable sens. Et Aubry de conclure : « La mission des professeurs appelés à dispenser au nom de l'Etat, l'enseignement juridique est de protester, avec mesure sans doute, mais aussi avec fermeté, contre toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur... *Toute la loi* dans son esprit aussi bien que dans sa lettre,... *mais rien que la loi*, telle a été la devise des professeurs de Code Napoléon » (1).

De ces considérations nous pouvons tirer deux conséquences très importantes. D'abord en recherchant l'intention du législateur, les partisans de l'école de l'Exégèse risquent de proposer une intention « supposée » du législateur. Ensuite cette doctrine a un caractère purement étaticiste. Tous les actes législatifs de l'Etat sont admis comme étant conformes au droit. C'est donc la loi de majorité qui règne en maître dans le domaine politique et juridique. On peut dire que l'Ecole de l'Exégèse ne fait que continuer la doctrine révolutionnaire. La révolution était imbue des idées de J.-J. Rousseau. En effet, ce que nous trouvons chez

(1) Cité par Bonnecase, tome 1^{er}, page 528 ; voir aussi Bonnecase : *L'Ecole de l'Exégèse*.

les auteurs exégètes c'est la doctrine de Rousseau à peine transformée dans des formules essentiellement juridiques. Ainsi la thèse soutenue par l'Ecole de l'Exégèse aboutit à l'omnipotence et à l'absolutisme de l'Etat. On a le droit de se demander si vraiment l'intention de ces auteurs était d'aller jusqu'à cette conséquence extrême. Pour donner une réponse objective il faut faire une distinction entre les exégètes. Par exemple, l'un d'eux, Mourlon n'acceptait que le droit positif : « Pour les jurisconsultes, pour l'avocat, pour le juge, écrit-il, un seul droit existe, le droit positif... on le définit : l'ensemble des lois que le législateur a promulguées pour régler le rapport des hommes entre eux... les lois naturelles ou morales ne sont, en effet, obligatoires qu'autant qu'elles ont été sanctionnées par la loi écrite... Rien n'est au dessus de la loi, c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions sous prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou que l'équité de la loi » (1).

Cependant, il y a d'autres exégètes qui acceptent un droit supérieur et antérieur à la loi. Citons comme exemple en ce sens Aubry et Rau qui écrivaient : « Le criterium d'après lequel se déterminent les préceptes légitimement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure résidant dans la conscience collective de chaque peuple et le sens moral d'une nation se modifiant, suivant le degré de sa civilisation, il en résulte que, d'après notre manière de voir, le droit naturel ne constitue pas un code complet de préceptes absolus et immuables. Ce n'est pas à dire que nous ne

(1) Bonnecase, *loc. cit.*, tome 1^{er}, page 532.

reconnaissons pas l'existence de certains principes absolus et immuables, antérieurs et supérieurs à toute législation positive... » (1).

On peut multiplier les citations et les exemples. Tous contribueront à nous révéler la contradiction et l'illogisme auxquels se sont laissés tomber les exégètes. Dire, d'une part, que la loi seule est le droit et d'autre part croire en un droit naturel est un illogisme. Pourquoi ces auteurs ne purent se préserver d'une telle contradiction ? La réponse est simple : c'est leur méthode, la méthode exégétique qui les a conduit à cette impasse. Cette constatation est une nouvelle preuve pour convaincre les gens qui ne veulent pas attacher une importance primordiale aux questions de la méthode (2). Parfois, malgré la pureté de l'intention, la défec-tuosité de la méthode amène à des conséquences inatten-dues. Tel fut le cas de l'Ecole de l'Exégèse. M. J. Bonnecase a complètement raison quand il écrit que la doctrine de l'Ecole de l'Exégèse se ramène à proclamer l'omnipotence de l'Etat (3).

II

Carré de Malberg

Raymond Carré de Malberg est un juriste qui a combattu avec vigueur l'idée du droit naturel. Dans son très remarquable ouvrage (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*), il prend partie contre l'école du droit naturel et se déclare un positiviste convaincu.

Aux yeux de Carré de Malberg « la notion de droit naturel n'est pas une notion juridique » (4). Il n'y a pas une règle

(1) Bonnecase, *loc. cit.*, page 537, tome 1^{er}.

(2) F. Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, deux volumes.

(3) Bonnecase, *loc. cit.*, tome 1^{er}, page 530.

(4) Carré de Malberg, *loc. cit.*, tome 1^{er}, page 58.

juridique antérieure et supérieure à l'Etat. Pourquoi ? Parce que l'un des caractères de la règle de droit est d'être effective. Tout « droit suppose nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle même a édicté » (1). Or, ce qu'on appelle le droit naturel ne possède pas ce caractère.

L'Etat se compose de trois éléments : le peuple, le territoire et la puissance. Ce dernier élément est le plus important de tous. Car une société quelconque ne pourra vivre que tant qu'elle est pourvue d'un pouvoir social destiné à assurer son fonctionnement. L'Etat détient la puissance nationale, parce qu'il est titulaire de la personnalité de la nation. La puissance de l'Etat a dans la terminologie française le nom de souveraineté.

« Quand on dit que l'Etat est souverain, écrit Carré de Malberg, il faut entendre par là que, dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir » (2).

La souveraineté a deux phases : interne et externe. A l'intérieur c'est une autorité suprême (*summa potestas*) dont la volonté prédomine sur toutes les autres volontés (3). C'est l'Etat détenteur de cette puissance qui a seul le moyen de créer le droit. Puisqu'il n'y a aucun pouvoir supérieur à celui de l'Etat la volonté arbitraire de celui-ci édictera n'im-

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 57, note 6.

(2) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 70.

(3) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page, page 70 ; voir aussi René Capitant : *L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg*, archives, 1937. Nos 1-2 ; P. Cuche : *A propos du positivisme juridique de C. de Malberg*, Mélanges C. de Malberg, Paris, 1933.

porte quelle règle et exigera l'obéissance des membres de la communauté étatique. Aucun droit de protestation ou de révolte n'est admis pour les sujets de l'Etat. Dans tous les cas l'obéissance s'impose. En tant que positiviste, Carré de Malberg cherche les preuves de son affirmation dans le système juridique de la France. D'après notre auteur les Chambres sont libres dans leurs actions. « Par ce motif même, dit-il, il devenait impossible de juxtaposer aux Chambres une autorité chargée de juger leurs actes : C'eût été compromettre l'unité étatique, l'unité de volonté et de puissance de l'Etat (1). La théorie générale de l'Etat de C. de Malberg semble être entreprise expressément pour combattre la doctrine de Léon Duguit. Comme nous l'avons exposé dans la première partie de notre ouvrage, Duguit s'élève avec force contre l'idée de la souveraineté et contre l'idée de la valeur absolue de la loi positive. Pour lui les gouvernants ne sont que des agents qui constatent l'existence de la règle de droit. L'Etat ne crée pas le droit. Il le constate. Or, la théorie de Carré de Malberg se place aux antipodes de ce que nous vient d'enseigner Duguit. L'Etat est tout puissant. Il peut tout créer, tout faire, tout édicter sans être soumis à aucun contrôle en dehors et au-dessus de lui. Aux yeux de Carré de Malberg, l'erreur de Duguit est de trop négliger la puissance de l'Etat. D'après notre auteur une telle doctrine conduirait à l'anarchie (2).

Il faut donc bien placer dans l'esprit cette idée que dans le domaine du droit interne il n'y a qu'une seule source de droit : la volonté de l'Etat. Dans ce cas on ne peut pas parler d'une contradiction entre la « loi » et le « droit ». Car loi et droit sont une seule et même chose. Contrairement

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 225.

(2) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 203.

à ce que prétend Duguit, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de « lois contraires au droit ». Ce qui est possible, écrit Carré de Malberg, c'est que le droit et la loi positive se mettent en contradiction avec les règles de la morale, avec la justice immuable, avec l'intérêt social sainement entendu; mais en cela, ajoute-t-il, le conflit ne s'élève pas entre deux systèmes juridiques, entre deux règles qui tout en étant d'espèces différentes seraient cependant chacune des règles juridiques. Si l'on reconnaît que la règle législative, fondée sur la souveraineté gouvernementale constitue une règle juridique, un élément du droit proprement dit, il est contraire à toute logique de désigner du droit la règle idéale de justice qui n'a pas été consacrée par un acte de la puissance souveraine » (1).

Ainsi, Carré de Malberg insiste encore une fois sur l'idée de contrainte matérielle : toute règle édictée par l'Etat et munie de la contrainte est une règle juridique. C'est une conception purement positiviste et formaliste, que nous ne pourrions jamais accepter.

Ceci pour le droit interne. Quant aux relations inter-étatiques elles sont réglées de la même manière que les rapports entre l'Etat et ses sujets; c'est-à-dire en se basant sur le principe de la souveraineté. Seulement pour le droit international, il faut prendre en considération ce fait : tous les Etats sont souverains. Alors comment arriver à trouver le moyen de créer le droit international ? En effet, dans la sphère des relations internationales la souveraineté implique pour l'Etat, selon Carré de Malberg, « l'exclusion de toute subordination, de toute dépendance vis-à-vis des Etats étrangers ». Ce fait a pour conséquence l'égalité de tous les Etats. La souveraineté externe signifie la même chose

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 211.

que l'indépendance. C'est une expression de portée négative. Effrayé par l'aboutissement des développements qu'il donne de sa doctrine, Carré de Malberg ajoute avec empressement : « Naturellement ceci ne veut pas dire que l'Etat souverain ne puisse se trouver tenu d'obligations envers d'autres Etats : il peut être lié juridiquement envers les Etats étrangers, comme aussi à l'intérieur envers des particuliers; seulement il ne pourra l'être qu'en vertu de sa propre et libre volonté, de son consentement et c'est en cela même que consiste sa souveraineté » (1).

Dans la théorie de Carré de Malberg, le droit international a donc pour fondement l'auto-limitation. La défectuosité de cette théorie était déjà signalée à propos de la doctrine des auteurs allemands. D'ailleurs Carré de Malberg se rapproche beaucoup des juristes d'outre-Rhin (2). Chaque phrase, chaque ligne de son livre nous apporte un nouveau témoignage de cette parenté spirituelle. Les exemples, les citations qu'il nous donne sont en plus grande partie empruntés à Jhering, à Jellinek et à Laband. Quand il cite Duguit, Hauriou, GénY, Michoud et Le Fur, c'est pour les combattre. C'est une constatation que nous avons cru utile de signaler. Avec la thèse que soutient Carré de Malberg, la négation pure et simple du droit international aurait été plus logique (3).

III

G. Jèze

Parmi les positivistes français, il y en a un qui s'occupe du droit public autant que de la science financière. Nous voulons parler de M. Gaston Jèze.

(1) *Loc. cit.*, t. 1, page 71.

(2) Voir en sens contraire R. Capitant : *loc. cit.*, page 86.

(3) GénY : *Science et Technique...*, tome IV, page 251.

Son traité (Les principes généraux du droit administratif) dont la première édition date de 1904, la seconde de 1914 et la troisième fut publiée entre 1926-1934, est un ouvrage dans lequel on peut trouver l'étude de tous les problèmes importants du droit public.

M. Jèze semble adopter la doctrine de Duguit. Seulement il a accentué la tendance positiviste du doyen de Bordeaux. D'ailleurs M. Jèze se place parmi les juristes qui refusent de donner à Duguit le titre de positiviste. Il déclare à ce sujet que « Duguit, malgré lui, n'avait pas réussi à se dégager de l'idée du droit naturel, dans son sens le plus naïf » (1). C'est pour cette raison que le doyen de Bordeaux, aux yeux de M. Jèze, n'a pas pu rester un réaliste.

Certains auteurs classent M. Jèze parmi les positivistes sociologiques. Par exemple, M. Waline tirant argument de la définition du droit de M. Jèze déclare que celui-ci est un représentant de la tendance sociologique du positivisme (2).

Quant à nous, nous croyons au contraire qu'il vaudrait mieux de le classer dans l'école positiviste juridique. Car entre Duguit et Jèze, il y a une grande divergence d'idées. Le doyen de Bordeaux avait vers la fin de sa vie évolué vers une conception plus réaliste du droit. Il avait accepté à côté de la solidarité un sentiment de justice comme criterium de la conformité au droit. Or, pour M. Jèze, qu'on le juge bon ou mauvais, le droit c'est l'ensemble des règles effectivement appliquées par les Tribunaux et par les praticiens d'un pays. Tout ce qu'on peut dire en faveur du positivisme de M. Jèze, c'est qu'il n'est pas formaliste. Quand un auteur

(1) G. Jèze : *L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français* ; Archives 1932, Nos 1-2, page 143.

(2) Waline : *Le positivisme philosophique, sociologique et juridique*, page 525.

reste indifférent devant les règles effectivement appliquées, il se place plutôt du côté du positivisme juridique que du positivisme sociologique. Pour comprendre mieux ce fait, examinons de plus près la doctrine de M. Jèze.

Pour mériter le titre de positiviste, il faut, pour M. Jèze, savoir se borner à accepter comme droit exclusivement les règles de droit positif. Voici la définition, tant de fois citée, où nous trouvons résumées les idées de M. Jèze : « Le droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné dans un pays donné, sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux ». Cette définition englobe non seulement les lois proprement dites, mais aussi toute autre règle effectivement appliquée. Par exemple, la coutume doit être placée parmi les règles de droit. Car, elle est une règle effective appliquée par les praticiens et par les tribunaux. « Un ouvrage de droit, ajoute M. Jèze, doit contenir l'exposé des règles que le législateur, l'opinion publique des juristes et, en particulier, l'opinion des tribunaux, déclarent, dans un pays donné, à un moment donné, être juste et utile ». Aucune autre considération n'a le droit d'intervenir dans l'étude du droit. Le droit effectif d'un pays, à un moment donné, est-il conforme à la justice ? C'est une question qu'un juriste, en tant que tel, ne doit jamais se poser. Car, selon notre auteur, il n'y a pas de justice absolue. Tous ceux qui nous parlent de la justice, nous apportent l'expression de leurs préférences personnelles » et de leurs « sentiments subjectifs de la justice ». Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà. Le droit naturel absolu ? C'est une chimère. La justice ? C'est ce que les hommes d'une époque donnée, dans un pays donné croient être juste. Conformément à cette affirmation, le droit est

« l'ensemble des règles de conduite sociale que la majorité des hommes de ce pays et de cette époque estiment justes et socialement utiles ».

Les théoriciens doivent limiter leurs efforts à l'étude des faits. « La parfaite conformité aux faits est le critérium des théories ». Ils commenceront par recueillir les faits tels qu'ils sont, puis ils entreprendront le travail de faire la synthèse critique. Il ne faut pas se tromper sur la signification du mot critique. Ce que M. Jèze entend par là n'est pas une critique du point de vue du droit naturel ou de la justice absolue. Il nous a déjà dit qui ne croit pas à l'existence de ces notions. La synthèse critique consiste dans une recherche de la mesure de conformité des règles appliquées en détail avec les autres principes juridiques, et aussi dans le fait de voir dans quelle mesure elles « correspondent aux sentiment de justice relative de l'époque et du milieu, aux besoins sociaux économiques, politiques ».

La mission que M. Jèze assigne au théoricien n'a rien de glorieux. Admettre la pratique et les faits tels qu'ils sont sans les soumettre à une véritable critique, est une tâche bien mesquine. Le rôle du juriste, qui est un homme d'élite, ne doit pas se borner à un enregistrement ou à un classement des faits. Ce que M. Jèze appelle critique n'est pas une vraie critique. Pour faire une critique saine, la pensée doit être libre, indépendante; c'est-à-dire, elle doit pouvoir se placer en dehors et au-dessus des seuls faits matériels. Car la matière n'est pas tout. A lui seul il est incapable d'expliquer la nature humaine et la société civile. L'homme est matière et esprit, dit Louis Le Fur. Eh bien ! puisqu'il en est ainsi, le théoricien accomplira sa mission en étudiant à la fois les deux phases de la vie humaine. Ce faisant il ne

créera pas, comme le croit M. Jèze, « une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste — le pire dans le genre — ennuyeux, monument d'orgueil et d'inutilité certaine » (1), mais au contraire il arrivera à établir la réalité.

Il y a un point intéressant à souligner : Carré de Malberg insistait sur la puissance de l'Etat pour trouver un fondement au droit. Chez M. Jèze nous ne trouvons rien de semblable. Il ne nous parle pas de la souveraineté ou de la puissance étatique. Sur ce sujet, il est d'accord avec Duguit. Il n'y a que les gouvernants et les gouvernés. Le droit est l'ensemble des règles qui répartissent les compétences (2). Les gouvernants ont la mission de pourvoir aux besoins publics au moyen des services publics. Dans tous les pays civilisés, dit M. Jèze, l'administration a pour mission de satisfaire les besoins d'intérêt général (3).

IV

M. Waline

M. Marcel Waline, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, adopte lui aussi la doctrine positiviste. Dans son (*Manuel élémentaire de droit administratif*) (4), il déclare, avec raison d'ailleurs, que le lecteur doit être averti « de la position que l'auteur a prise » à l'égard du problème général de droit.

Le positivisme de M. Waline est « pur ». En effet, il ne laisse aucun doute chez le lecteur. Le droit, pour lui, c'est tout simplement, l'ensemble des « règles imposées aux citoyens par les autorités compétentes désignées par la

(1) *Loc. cit.*, préface, pages 3 et suivantes.

(2) *Loc. cit.*, page 6.

(3) *Loc. cit.*, page 241.

(4) Sirey, 1936.

constitution en vigueur » (1). Droit et Loi se confondent. Tout ce que l'autorité constitutionnelle ordonne doit être acceptée comme étant le droit. Il n'y a pas lieu de recourir à une analyse du point de vue d'un droit supérieur à la volonté étatique. Parce que tout d'abord le droit positif se suffit à lui-même. Dans l'ouvrage de notre auteur, il est inutile de chercher une « tentative pour juger ou condamner le droit positif au nom d'un prétendu droit naturel supérieur » (2). Le juriste n'est qu'un interprète qui doit rester fidèle aux textes. Quiconque dépasse cette limite ouvre la voie à l'anarchie. Car le droit naturel au nom duquel on veut critiquer le droit positif est imprécis. C'est selon ses propres termes, « comme l'amour et les auberges espagnoles : chacun n'y trouve que ce qu'il y a apporté » (3).

M. Waline accepte l'idée du droit par degrés. Il dit qu'il y a une hiérarchie entre les différents textes législatifs (constitution, lois, règlements, etc...), et que chacun de ceux-ci ne peut aller qu'à l'encontre d'un texte d'égale valeur ou de degrés inférieurs. Ce principe est appelé par M. Waline « principe de la hiérarchie des textes » (4).

Pourquoi les dispositions d'un texte sont considérées comme supérieures à celles d'un autre ? Cette question n'a pas une réponse logique. Les positivistes nous répondent en disant : cela est parce que cela est ! Mais ainsi, eux qui reprochent constamment à l'idée du droit naturel d'être dogmatique et illogique, nous présentent à chaque instant un nouveau dogme.

(1) *Loc. cit.*, préface, page IX.

(2) *Loc. cit.*, préface, page X.

(3) *Loc. cit.*, préface, page X ; voir aussi Waline : *Qu'est-ce que le droit ? Année politique française et étrangère*, tome VI, 1931.

(4) *Loc. cit.*, page 18 ; voir aussi Waline : *Le positivisme philosophique, sociologique et juridique*.

Le droit, d'après M. Waline, tire sa valeur « du fait qu'il a été formulé par les autorités » (1). Cette proposition nous amène à dire que tout ce que les autorités ordonnent est de droit. Devant pareilles idées nous ne comprenons vraiment pas comment un esprit libre et attaché à l'idée de justice peut se contenter de la doctrine positiviste. Celle-ci semble en effet accepter la tyrannie, le despotisme et l'arbitraire avec gaité de cœur. Caligula en nommant sénateur son cheval avait donc agi conformément au droit !

Si le positivisme n'était que cela et la science juridique ne s'occupait que des lois, il ne vaudrait pas la peine, non pas d'une heure comme le disait Duguit, mais d'une minute, de travail. Mais heureusement, notre science n'est pas une science exclusivement formaliste comme la voudrait voir les positivistes.

V

G. Ripert

Parmi les civilistes, M. Georges Ripert est le représentant le plus éminent du positivisme juridique. Comme tous les partisans de cette tendance, il commence par critiquer la conception du droit naturel. A l'occasion de la publication par F. GénY, de son œuvre monumentale si connue, M. Ripert a écrit en 1918, une petite brochure qui porte le nom de : Droit naturel et positivisme juridique (2). Dans ce travail, il reprend un à un tous les arguments cités par François GénY en faveur de l'existence d'un droit naturel et, finalement après les avoir critiqués, il les rejette tous. Selon M. Ripert, la doctrine de M. GénY « consiste essentiellement dans l'idée de justice » (3). La raison dégagera de ce

(1) *Loc. cit.*, page 177.

(2) Marseille, 1918.

(3) *Loc. cit.*, page 14.

premier principe « les directions à suivre » (1). Mais la raison humaine est incapable dans ce domaine. « La science, dit M. Ripert, est impuissante quand il s'agit de rechercher non pas les lois de la nature qui reposent sur l'idée de causalité, mais les lois de la société qui sont basées sur l'idée de finalité » (2). Devant cette insuffisance de l'intelligence, il faut chercher une autre base. Cette base c'est la croyance en la justice. Il faut croire à la justice (3). Cette croyance demande une conception générale religieuse. M. Ripert s'exclame, à ce sujet, en ces termes : « Si l'homme veut chercher une règle de conduite supérieure à celle que pose les lois positives, s'il veut contrôler la valeur de ce droit positif et juger les normes apportées à sa liberté par l'autorité humaine, où pourrait-il trouver ce principe de conduite et de jugement sinon dans une autorité divine » (4). Alors quel argument pourrait-on trouver pour faire croire ceux qui ne sont ni theistes, ni spiritualistes ? Aucun. Et M. Ripert de conclure : « Le raisonnement est impuissant devant une négation fondée sur une croyance, et l'existence du droit naturel est scientifiquement indémontrable pour ceux qui ne professent pas la philosophie traditionnelle (5).

Une autre critique, que M. Ripert adresse au droit naturel, porte sur le contenu de ce droit. Depuis qu'on a renoncé à prétendre qu'il existe des règles éternelles et immuables, dit-il, « on ne professe plus que l'existence d'un droit natu-

(1) *Loc. cit.*, page 14.

(2) *Loc. cit.*, page 15.

(3) *Loc. cit.*, page 18.

(4) *Loc. cit.*, page 21.

(5) *Loc. cit.*, page 24.

rel à contenu variable » (1). Mais dans ce cas, c'est un « cadre où chacun place ce qu'il veut ». Enfin on ne peut pas même s'entendre sur ce que signifie la justice. Selon M. Ripert « faire régner la justice en ce monde... ce fut le rêve de toutes les tyrannies » (2). Voici la conclusion de notre auteur : la recherche du droit naturel est une œuvre de vraie spéculation sans portée pratique.

Ayant ainsi écarté la conception d'un droit naturel basé sur l'idée de justice absolue et universelle, M. Ripert nous expose sa propre doctrine (3).

Bien qu'il soit positiviste, M. Ripert accepte l'idée d'une morale supérieure à la loi positive. La règle morale de la civilisation occidentale règne sur le droit de ce pays depuis des centaines d'années (4). La loi morale dont nous parle M. Ripert, n'est pas cette « vague idéale de justice » que les partisans du droit naturel trouvent dans la base du droit. Mais c'est une « loi bien précise qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle

(1) *Loc. cit.*, page 24 ; voir aussi Mlle Piot : *Droit naturel et réalisme*, Thèse Paris 1930, page 48 ; F. Géný : *Science et Technique*, tome IV, page IX.

(2) *Loc. cit.*, page 28.

(3) « Pendant tout le cours du XIX^e siècle, par une sorte de complicité universelle, on a feint de croire qu'en effet, le droit positif était dominé et dirigé par un droit naturel. Ce n'était qu'une religion d'Etat. Il est resté sans force le jour où l'Etat, n'ayant plus de doctrine officielle, lui a enlevé la sienne. Pourtant certains ne renoncent pas volontiers à cette protection illusoire. Ils m'ont rangé malgré ma protestation parmi les défenseurs de ce droit naturel pour avoir écrit qu'il existe une règle morale au-dessus des lois positives. » (G. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e édition, Paris, 1935, préface, page VII) ; voir aussi G. Ripert : *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, Cours de La Haye 1933, tome 44, page 578.

(4) *La règle morale...*, 3^e édition, préface, page VII.

est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement suivie par habitude ou par respect humain » (1).

C'est de cette règle morale que s'inspire le législateur dans l'élaboration, le juge dans l'application et le docteur dans l'interprétation de la loi positive (2). Ceci dit, il ne faut pas cependant mélanger droit et morale. Entre ces deux notions, il n'y a pas une différence de domaine, de nature et de but, il y a une différence de caractère. Reprenant la définition de F. Gény, M. Ripert dit que « la règle morale devient règle juridique grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre » (3). La règle ainsi établie et sanctionnée se sépare de la règle de morale qui lui a servi de fondement. Une fois que la règle devient juridique, elle se suffit à elle-même. Puisqu'elle est sanctionnée, l'obéissance est dûe. Le droit reste indifférent devant les motifs de cette obéissance (4). Ainsi M. Ripert, par la distinction qu'il vient de faire entre la morale et le droit prétend supprimer « l'insoluble problème de la justice » ; car dans l'ordre juridique positif, le droit positif et la justice sont identiques (5).

Dans les sociétés politiques il y a une lutte entre les forces. Le législateur qui veut prédominer, se trouve devant les différentes forces agissantes dans la société. Chaque société possède son propre idéal moral. Si le législateur désire arriver à un résultat favorable pour lui, il doit tenir compte de cet idéal moral. Pour que la loi ait une efficacité, il ne faut pas qu'elle heurte l'idéal moral de la société. L'habileté du gouvernement se fera sentir dans l'utilisation

(1 et 2) *Loc. cit.*, page 5.

(3) *Loc. cit.*, page 11.

(4) *Loc. cit.*, page 11.

(5) *Loc. cit.*, page 12.

de cette force morale à son profit, ainsi que les forces intellectuelles ou économiques (1).

Tout dépend donc de la force d'application de la loi. Si par exemple, les autres forces (matérielles, économiques et intellectuelles) suffisent à obtenir l'obéissance à la loi, le gouvernement peut se passer de la force morale et agir contre l'idéal moral de la société. Puisque « la règle juridique se soutient par sa seule force » le seul souci des gouvernants sera l'intensité de leur force. Il paraît que M. Ripert constate cette vérité quand il déclare qu'il faut arriver à convaincre le législateur de la supériorité de la loi morale qu'on invite à consacrer (2). Mais tant qu'on n'arrivera pas à ce résultat, la règle morale restera hors de la vie juridique, hors du droit. Autrement dit tout dépend du bon vouloir du gouvernement. Cet état de choses, selon M. Ripert, n'est pas plus mauvais que ce voulu par le droit naturel. Parce que depuis qu'on a humanisé ce droit, qu'on l'a fait sortir de la raison humaine, « il porte avec lui la tare de son humanité » et M. Ripert « ne voit pas ce qui peut le différencier de cette raison humaine qui légifère ou qui juge » (3).

Le positivisme de M. Ripert s'écarte des doctrines qui identifient la loi et le droit. « Sous cette forme, dit-il, le positivisme a en effet la prétention d'écarter de la vie juridique toute force qui ne serait pas celle du pouvoir politique » (4). Or, M. Ripert, accepte une pluralité des forces agissantes dans la société. Parmi celles-ci, la force morale occupe une place prépondérante. Et dans les sociétés occidentales, c'est la morale chrétienne qui domine depuis des siècles.

M. Ripert nous définit le positivisme tel qu'il l'entend : « le véritable positivisme ne consiste pas dans le fétichisme

(1) *Loc. cit.*, pages 26-27.

(2) *Loc. cit.*, page 432.

(3 et 4) *Loc. cit.*, page 434.

de la loi, mais au contraire dans la destruction de la croyance à la toute puissance et bonté de la loi. Il reste que la loi est la force et contre cette force peuvent seules lutter d'autres forces » (1).

Que penser de la doctrine de M. Ripert ? Est-elle vraiment positiviste ? Sans doute oui. Mais elle n'est pas de cette tendance formaliste qui identifie le droit et la loi. M. Ripert remplace la notion de justice absolue par celle de la morale. Tout le genre humain n'a pas la même conception morale. Chaque communauté possède une règle morale propre à elle. Par exemple la civilisation occidentale est, selon notre auteur, l'œuvre de la morale chrétienne. Malgré cette diversité dans le détail, la morale et la justice sont au fond partout les mêmes. Il y a des principes fondamentaux qui ne changent ni avec le temps, ni avec le lieu.

Mlle Piot dit que M. Ripert mérite le nom de moraliste plutôt que de positiviste (2). En effet, cette constatation est juste. Seulement nous ferons une objection sur ce point : M. Ripert se fiant trop à la force risque de détruire les bases mêmes de son système. Surtout dans le domaine des relations internationales le règne de la force anéantira non seulement tout droit, mais toute idée et règle morales. Dans ces conditions, l'accusation de F. Geny ne serait pas complètement dénuée de fondement. Celui-ci disait en effet que la théorie de M. le doyen Ripert, conduisait pratiquement aux résultats de la théorie allemande qu'il réprouvait (3).

(1) *Loc. cit.*, page 435.

(2) *Le droit naturel et l'idéalisme*, page 72.

(3) F. GénY : *Science et Technique*, tome IV, pages 262-264 : « Est-il bon, est-il sage, est-il opportun d'enseigner aux hommes comme vérité incontestable le règne fatal de la force matérielle. »

VI

J. Basdevant

Un éminent internationaliste, M. Jules Basdevant, professeur à la Faculté de droit de Paris, adopte lui aussi la conception positiviste du droit. Cet auteur n'a pas jusqu'aujourd'hui donné un ouvrage d'ensemble. Pour pénétrer dans le secret de sa pensée il faut suivre ses idées dans ses articles, dans ses conférences et dans ses cours de la Faculté de Droit de Paris. Il a dernièrement fait devant l'Académie de La Haye un cours sur « Les règles générales du droit de la paix » (1). Puisque ces conférences sont les dernières en date, nous essayerons d'y dégager l'essence de sa doctrine.

Tout d'abord commençons par voir ce que M. Basdevant pense du droit naturel. Selon lui ce droit est « un élément de trouble dans l'ordre juridique établi ». D'une part la notion du droit naturel a introduit dans l'ordre juridique international l'idée de « la soumission de l'Etat au droit, mais d'autre part on a vu certains Etats qui voulaient se délier de leurs obligations juridiques en invoquant « leur conception subjective du droit naturel » (2).

Le propre du droit est de remplir « la fonction sociale qui lui incombe ». Or, le droit naturel est incapable d'accomplir cette fonction. Car il lui manque la force d'application. M. le Professeur Basdevant nous donne aussi une définition du droit naturel tel qu'il le conçoit, « les règles du droit naturel ou théorique sont une conception de l'esprit à laquelle sans doute, le théoricien qui les a dégagées conformera sa conduite ou ses jugements

(1) Cours de La Haye 1936, tome 58.

(2) *Loc. cit.*, page 477.

s'il est honnête » (1). Mais ces règles ne s'imposeront pas aux Etats tant qu'ils ne les reconnaîtront pas. Donc la reconnaissance est une condition *Sine qua non* de l'efficacité des règles du droit international. Elle peut émaner non seulement des Etats, mais aussi d'autres organes tels que le juge international, l'Assemblée de la Société des Nations; et même de la doctrine « en tant du moins que celle-ci ne prétende pas préconiser une règle désirable, mais énoncer une règle existante » (2).

La seule objection que M. Basdevant fait au droit naturel, c'est son manque de force d'application. Alors si on démontrait que le droit naturel aussi est, dans une certaine mesure, efficace, il n'aurait peut-être rien à lui reprocher. D'autre part, le droit positif qui est investi de la force d'application et qui est un « élément effectif de la vie internationale » perd de plus en plus fréquemment dans ces derniers temps son efficacité. Les violations répétées des règles du droit positif très formellement reconnues par leurs violateurs, ne sont-elles pas suffisantes pour enlever toute la force aux arguments des positivistes ? La reconnaissance, cet acte formel, est donc incapable d'être un fondement solide pour le droit international. Il faut quelque chose de plus.

M. Basdevant, comme conséquence à sa réfutation du droit naturel, accepte la doctrine relativiste. Il n'y a pas, dit-il, des règles universelles (3). Puisque c'est la recon-

(1) *Loc. cit.*, page 478.

(2) *Loc. cit.*, page 480.

(3) « Le relativisme ne prend toute son importance en droit international qu'en raison du fait que la force de celui-ci procède non de l'autorité d'un législateur qui, ici, n'existe pas, mais de la reconnaissance dont ces règles sont l'objet. Lorsqu'une question de droit international se pose entre deux Etats et que, sur le point considéré, ces deux Etats ont reconnu la même règle il n'est pas

naissance qui introduit une règle dans la sphère des relations juridiques internationales, cette règle s'imposera aux Etats qui l'ont reconnue. Comme, dans la plupart des cas, tous les Etats ne peuvent s'entendre sur la même règle, il n'y aura pas d'unanimité et le droit international restera ainsi relatif. Ce droit n'est pas exclusivement conventionnel, mais aussi coutumier (1).

Suivant le raisonnement de notre professeur, il aurait été logique qu'une règle ne s'impose pas à un Etat sans être reconnue par lui. Mais il n'en est rien. « En fait, dit l'éminent auteur, l'étude de la pratique internationale révèle que les règles généralement admises par les Etats sont considérées comme obligatoires pour tous les Etats » (2). Mais pourquoi ? En vertu de quel principe un Etat qui ne veut pas reconnaître une règle serait-il obligé de la respecter ? Un positiviste ne peut répondre à cette question sans trahir sa propre doctrine ; ou bien il se contentera de dire : cela est, parce que cela est. Mais pour celui qui accepte l'existence d'un droit naturel rationnel ou objectif, il n'y a aucune difficulté.

Il nous semble qu'il y a une contradiction entre l'affirmation qui dit que « par la reconnaissance dont elle est l'objet, une règle devient règle de droit international positif » (3), et celle que nous venons de citer. Sans avoir

douteux que cette règle devra être appliquée. Cette règle peut n'être pas universellement reconnue : du moins elle est reconnue par ces deux Etats, elle existe entre eux et constitue entre eux ce que l'on peut appeler du droit international particulier ou relatif. » (*Loc. cit.*, page 486).

(1) *Loc. cit.*, page 486.

(2) *Loc. cit.*, page 488.

(3) *Loc. cit.*, page 479.

accepté un principe supérieur aux Etats on ne peut pas les lier en dehors de leur reconnaissance, à moins qu'on n'invoque le droit du plus fort.

Plus loin, au sujet de l'autorité respective des règles générales et des règles relatives, M. Basdevant déclare qu'on ne pourrait pas dire que le droit de la collectivité plus vaste devrait l'emporter sur le droit de la communauté plus restreinte, car « cette idée, dit-il, contredit la faculté reconnue aux Etats de se lier entre eux par des accords particuliers exprès ou tacite, la faculté incontestée de déroger au droit international commun coutumier par des traités » (1). Et quelques lignes plus loin, l'auteur s'exprime en ces termes : « Bien entendu une communauté restreinte ne saurait utilement se prévaloir d'une règle qui lui est propre, à l'encontre d'un Etat qui n'est pas membre de cette communauté » (2). Mais n'y a-t-il pas dans cette affirmation la trace d'une contradiction avec ces paroles d'après lesquelles « les règles généralement admises par les Etats sont considérées comme obligatoires pour tous les Etats » (3) ?

A notre avis ce point est le point le plus faible de la doctrine positiviste du droit international. Dans tout le savant exposé, sur tous les points qui touchent à cette question, l'esprit logique ne se sent pas tout à fait satisfait. Par exemple, quand il admet parmi les éléments des règles générales du droit de la paix, les principes généralement reconnus par les nations civilisées, M. Basdevant ne nous dit pas en vertu de quel principe positif un Etat sera lié par une règle étrangère à sa reconnaissance. De

(1) *Loc. cit.*, page 494.

(2) *Loc. cit.*, page 496.

(3) *Loc. cit.*, page 488.

même pour la coutume. Il ne demande que « la pratique commune des Etats » (1). Si celle-ci est déterminée, on n'a pas besoin de chercher un précédent dans la pratique de l'Etat auquel on veut appliquer cette coutume. M. Basdevant critique les doctrines de Triepel et d'Anzilotti qui demandent la reconnaissance expresse ou tacite de tous les Etats (2). Il dit que la pratique n'est pas dans ce sens et que ce sont des conceptions *à priori* qui amènent ces deux auteurs à recourir à la fiction pour voir une reconnaissance tacite au moment de la naissance d'un nouvel Etat (3). Selon M. Basdevant, « le caractère obligatoire de la règle coutumière est un fait que nous révèle l'étude de la pratique et de la jurisprudence internationale : c'est une donnée positive de la vie internationale telle qu'elle existe de nos jours » (4). Cette constatation doit suffire à un juriste. Mais si on veut trouver une explication du caractère obligatoire de la règle coutumière, en dehors de la pure interprétation juridique « on rencontre tout d'abord une explication d'ordre sociologique ». Les règles coutumières naissent à ce point de vue spontanément « des exigences de la vie internationale ». Au moment de leur naissance ces règles ne sont que « des postulats, des données de l'esprit ». Elles reçoivent « un caractère positif » quand ceux qui sont en mesure de leur assurer une certaine « force d'application » dans la vie internationale, les sanctionnent. C'est cette force qui les introduit dans le domaine juridique.

(1) *Loc. cit.*, page 510.

(2) *Loc. cit.*, page 514.

(3) M. Basdevant critique aussi l'arrêt N° 9 (Lotus) de la C. P. J. I. En effet la Cour s'était inspirée de la doctrine volontariste et avait stipulé dans ledit arrêt que : « les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit ». (*Loc. cit.*, page 515).

(4) *Loc. cit.*, page 516.

Comme on le voit, le seul argument de l'éminent professeur, en cette matière, est le témoignage de la pratique. Il nous cite très souvent des cas, des faits matériels, des arrêts de jurisprudence; mais n'y a-t-il pas une discordance entre ces faits mêmes qui une fois disent que la reconnaissance est nécessaire, une autre fois s'en passent. Alors comment pourra-t-on arriver à trouver un critérium qui nous permettra de faire une distinction entre les faits qui sont juridiques et ceux qui ne le sont pas ? Dans l'exposé de M. Basdevant nous n'avons pas pu trouver une réponse convaincante.

Bien qu'il se déclare positiviste et attaché exclusivement à l'observation des faits et de la pratique internationale, la défaillance et l'insuffisance de cette méthode amène, de temps en temps, M. Basdevant à dépasser la doctrine positiviste. Un jugement de valeur dont la nécessité s'impose à tout juriste digne de ce nom, ne fait pas défaut, il faut l'avouer, dans l'œuvre du savant auteur. Les lignes qui suivent, et que nous avons cru utile de rapporter ici en sont un témoin décisif et objectif : « Ces facteurs psychologiques (c'est-à-dire la conscience qu'ont les hommes gouvernants, gouvernés et juges internationaux, de l'obligation juridique et morale qui leur incombe d'assurer le respect du droit) sur lesquels, enfin de compte, repose l'efficacité des règles générales du droit de la paix seront fortifiés dans la mesure où ces règles elles-mêmes apparaîtront comme sages, mieux adaptées aux exigences du bon ordre international, plus conformes à l'idée qu'on se fait communément de la justice » (1).

(1) *Loc. cit.*, page 566.

C'est un précieux aveu dans la bouche et sous la plume d'un positiviste. Dire que les règles dégagées de la seule constatation de la pratique et des faits doivent se rapprocher et se conformer à un principe qui constitue la condition même de l'efficacité de ces règles, c'est un pas vers une conception plus solide et plus réaliste que le positivisme. En effet, le « bon ordre international » ne sera réalisé que dans la mesure où, non seulement les Etats, mais ceux qui ont la tâche de guider l'opinion internationale, nous voulons dire les juristes, se feront un devoir la réalisation de la gloire de l'idée de justice. Le positivisme déclaré, mais non réel, de M. le professeur Basdevant, ne l'a pas empêché de se ranger parmi les juristes qui croient en la valeur d'une idée supérieure aux faits, qui sont parfois brutaux et injustes, de la vie tant nationale qu'internationale. La déviation de M. Basdevant s'accroît encore quand il dit que les règles générales du droit de la paix « ont pour fonction sociale d'assurer l'ordre par la justice » (1).

Voici ce que finalement veut réaliser un auteur qui se déclare être positiviste : l'ordre par la justice. Cette conclusion de l'éminent professeur n'a rien de commun avec l'affirmation qui voit dans le consentement le fondement premier du droit international. Toute règle découlant du consentement des Etats n'est pas nécessairement une norme juridique conforme au droit. Une autre condition reste à réaliser : l'ordre par la justice. C'est un criterium cher à l'école du droit naturel. M. Basdevant se place-t-il parmi les auteurs qui croient en un droit supérieur et antérieur aux Etats et à leur souveraineté ? Non sans doute.

(1) *Loc. cit.*, page 689.

Mais il faut tout de même ajouter que le positivisme de notre auteur est dans une voie qui mènera non pas au vrai positivisme qui fait découler le droit de la volonté souveraine de l'Etat, mais vers une conception plus élevée qui est celle de l'Ecole du droit naturel.

L'ordre par la justice, voilà le but du droit international. Mais alors, dans ce cas, ce ne sont pas le consentement, ni les faits, c'est la notion de justice qui est le critérium.

CHAPITRE III

L'ECOLE ANGLAISE

L'Ecole positiviste anglaise est celle qui a toujours eu le plus de partisans parmi les juristes anglo-saxons. Dans la pensée anglaise, les racines de la tendance positiviste sont profondes. Les philosophes et juristes anglais ont de tout temps manifesté une certaine incompréhension allant jusqu'à une hostilité envers l'Ecole du droit naturel. Cette manière de penser tire son origine dans un passé assez lointain. C'est avec Bacon que commencent les recherches scientifiques basées sur le sensualisme et l'expérience. Tout objet ou toute affirmation qui restait en dehors de ce domaine n'était pas admis dans le laboratoire des sciences, tant naturelles que morales. Les données métaphysiques *à priori* restaient exclues du domaine de la connaissance positive.

Cette philosophie générale a certainement exercé une grande influence sur les auteurs qui s'occupèrent de notre discipline. Nous avons déjà eu l'occasion d'étudier la doctrine de Hobbes qui faisait reposer la justice sur l'égoïsme. L'Ecole, qui plus tard prit une forme purement utilitariste, procède de cet auteur. L'utilitarisme passant par Adam Smith qui lui aussi voyait le fondement du droit dans l'intérêt — (1) mais dans l'intérêt de tous — trouva son développement le plus avancé dans l'œuvre de Jérémie Bentham.

(1) Alfred Fouillée ; *L'Idée moderne du Droit*, Paris, 1878, page 80.

L'amour de l'anglais, du plus humble au savant le plus qualifié, pour ce qui est utile est un de ses caractères distinctifs. Le travail soit matériel, soit intellectuel est toujours dirigé vers un but réalisable. Fouillée trace dans ces quelques lignes les traits caractéristiques de l'anglais : « goût des choses observables, amour de l'expérience et de l'induction, besoin de certitude matérielle. On amasse des faits et des exemples comme des pièces d'or; quant aux idées générales, on ne les admet que comme des billets de banque, dont toute la valeur est d'être convertible en numéraire » (1).

I

J. Bentham

Jérémie Bentham, dans son (Traité de législations civile et pénale) (2), repousse l'idée du droit naturel. Tout système basé sur une loi de nature et sur la raison, est arbitraire. Toutes les fois qu'on nous parlera du droit naturel, il faut rejeter cette doctrine. Parce que c'est un « principe arbitraire » qui n'est que l'expression sous diverses formes d'un principe de sympathie et d'antipathie ». Voici en quels termes il s'exprime à ce sujet : « Vous entendrez une multitude de professeurs, de juristes, de magistrats, de philosophes, qui feront retentir à vos oreilles la loi de la nature : ils se disputent tous, il est vrai, sur chaque point de leur système; mais n'importe; chacun d'eux procède avec la même intrépidité de confiance, et vous débite ses opinions comme autant de chapitres de loi de la nature » (3).

(1) *Loc. cit.*, page 82.

(2) Traduction Et. Dumont, Bruxelles 1840.

(3) *Loc. cit.*, page 14.

Il y a aussi des auteurs ou des juristes qui vous disent continuellement : il faut agir de telle ou de telle manière parce que la raison veut ainsi. Cette affirmation aussi est fausse et dénuée de tout fondement : « C'est un despotisme qui n'annonce que la persuasion intérieure de celui qui parle » (1).

Bentham combat l'idée de la loi naturelle par un autre argument, qui est lui aussi très ingénieux. On nous dit, s'exclame-t-il, qu'il y a une loi de nature qui dirige tous les hommes vers leur « bien commun ». Mais si vraiment une pareille loi existait, les lois (positives) seraient inutiles. Dans un tel système, vouloir édicter des lois serait « employer un roseau à soutenir un chêne, allumer un flambeau pour ajouter à la lumière du soleil » (2). Donc, d'après Bentham, on ne peut en aucune manière accepter l'existence d'un droit naturel.

Pour notre auteur, la seule source de législation est *l'utilité*. Le législateur doit s'efforcer à la réalisation du bonheur public : l'utilité générale doit être le principe du raisonnement en législation.

La vie de l'homme se trouve, en effet, placée par la nature sous l'empire du plaisir et de la douleur. Toutes nos idées, tous nos jugements dépendent de ce principe directeur. Quand nous éprouvons une douleur, il y a du mal. Au contraire, quand quelque chose est pour nous une cause de plaisir, il y a là du bien. Pour qu'une chose soit conforme à l'utilité ou à l'intérêt de l'individu il faut qu'elle tende à augmenter la somme totale de son bien-être. Cela est vrai pour la société aussi. Dans ce cas il faut que la

(1) *Loc. cit.*, page 43.

(2) *Loc. cit.*, page 46.

somme totale du bien-être des individus qui composent cette société soit en augmentation.

Dans toutes les opérations du jugement, il y a un calcul. Le point de départ est dans le fait de faire un calcul ou une comparaison des peines et des plaisirs. Aucune autre idée ne sera introduite dans le jugement.

D'après le principe de l'utilité, la seule mesure d'appréciation d'un acte privé ou public réside dans sa tendance à produire des peines et des plaisirs. *Quand nous dirons qu'un acte est juste ou injuste, moral ou immoral, bon ou mauvais, nous nous bornerons à un examen qui aura pour point de départ les considérations d'utilité.*

Pour un partisan du principe de l'utilité, la vertu est un bien parce qu'elle donne du plaisir; le vice est un mal parce qu'il cause de la peine.

Chaque homme est le seul juge de son utilité. Si cela n'était pas ainsi, il serait « moins qu'un enfant... un idiot ». Aux yeux de Bentham, toute loi est un mal. Le rôle du gouvernement peut être comparé à celui de la médecine. Tous les deux ne font qu'un choix entre les maux. Le gouvernement en édictant une loi enfreint la liberté. Mais si le mal que donne cette restriction est moindre du mal que provoquerait l'absence de la réglementation il est dans la bonne voie, et ce qu'il fait est juste (1). La morale et le droit ont le même but : Produire pour les hommes la plus grande somme possible de bonheur (2).

L'existence et la nécessité d'un gouvernement s'expliquent par son utilité. Si on n'avait pas un gouvernement, il n'y aurait pas de sûreté, ni de famille, ni de propriété, ain-

(1) *Loc. cit.*, page 32.

(2) *Loc. cit.*, page 37.

si que de l'industrie. C'est là, dit Bentham, qu'il faut chercher la base et la raison de tous les gouvernements, quelle que soient leur origine et leur forme. La seule chose qui a de l'importance, c'est le but : « Les comparant avec leur but, qu'on peut raisonner solidement sur leurs droits et leurs obligations sans avoir recours à des prétendus contrats qui ne peuvent servir qu'à faire naître des disputes interminables » (1). Dans ses *Sophismes anarchiques* (2), Bentham affirme encore une fois qu'il n'y a pas du droit naturel antérieur à l'institution des gouvernements. Comme le remarque Spencer, pour Bentham, l'Etat est la source unique des droits, en dehors de lui il n'en existe pas (3).

La conception du droit international de Bentham découle du principe de l'utilité et de l'intérêt. A cause de l'inexistence des conventions universelles, les devoirs et les droits du souverain ont un caractère moral.

La guerre est considérée comme une procédure d'exécution. En recourant à la guerre, les adversaires cherchent de part et d'autre à se mettre en possession des avantages qui se sont respectivement adjugés (4).

D'après ce que nous dit Wheaton, Bentham aurait même formulé un *Projet de Paix perpétuelle*. Pour mettre au jour un code universel du Droit qui réglerait les relations entre les nations, l'auteur de ce document doit avoir pour but, « l'utilité commune de toutes les nations » (5).

Bien que Bentham n'adhère pas à la doctrine du contrat social, son système qui a dans sa base l'utilitarisme, nous

(1) *Loc. cit.*, page 42.

(2) Examen de la Déclaration des droits de l'homme, page 513.

(3) *Justice...*, page 72.

(4) Bentham : *Vue générale d'un corps complet de législation*, page 332.

(5) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 393.

conduit au même résultat que les autres doctrines à tendance positiviste. Car ici aussi le droit n'est pas antérieur à l'homme. Il est la création de celui-ci.

II

J.-S. Mill

John Stuart Mill, selon M. Del Vecchio, « fut certainement supérieur à Bentham ». Pourquoi ? Parce que Mill a su perfectionner l'utilitarisme et corriger certaines absurdités de la théorie de Bentham. Tout d'abord il combat l'idée de calcul des peines et des plaisirs que nous proposait son prédécesseur. D'après Mill nous agissons non pas en faisant des calculs, mais sur les indications du sentiment. C'est *la conscience morale* qui nous fait apprendre que notre intérêt et notre bonheur sont inséparables de ceux de la société tout entière. L'individu agit sous l'impulsion d'une habitude psychologique qui n'est autre chose que la conscience morale.

Stuart Mill dépasse Bentham quand il fait une distinction qualitative entre les plaisirs. Par exemple les plaisirs intellectuels et moraux sont classés au dessus des autres (1).

Bien que ces objections soient vraies, au fond la théorie de Mill reste toujours utilitariste. Le juste et l'utile sont confondus. Le droit est lié à l'utilité.

III

Darwin

L'auteur de l'ouvrage intitulé : *Sur l'origine des espèces par la sélection naturelle* (1859), Charles Darwin (1809-

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 142.

1882), se base sur les résultats qu'il a obtenus de l'observation de la vie des animaux. La première constatation se résume dans cette affirmation : *il y a une sélection naturelle* d'après laquelle les plus adaptés au milieu survivent aux moins adaptés. Cette sélection est la conséquence de la lutte pour la vie. Celle-ci est indispensable par suite de l'accroissement insuffisant des moyens nécessaires à la conservation des animaux (1). Pour subsister, les animaux, y compris les hommes, doivent se conformer aux exigences du milieu. Les espèces se transforment selon les conditions du milieu où elles vivent.

La vie en société est une des conditions de subsistance de l'homme. Le critère de sélection pour l'individu consiste dans la possibilité de mener une vie sociale. Plus l'instinct social sera fort, plus l'homme aura de chances pour gagner dans la lutte. En généralisant ce principe, on peut faire un jugement identique pour les peuples. Quand deux nations sont rivales, celle qui est composée des individus chez lesquels l'instinct social est plus développé que chez les membres de l'autre nation, arrivera à vaincre cette dernière. Un peuple composé des hommes insociables, égoïstes, incapables de se sacrifier ne peut pas se maintenir devant une nation composée des individus qui sont prêts à se sacrifier l'un pour l'autre (2).

IV

H. Spencer

Herbert Spencer (1820-1903) est un philosophe qui, partant du principe de la société, a abouti à l'individualisme. Dans son livre *L'individu contre l'Etat*, il s'élève contre l'immixtion de l'Etat dans les affaires privées.

(1) Darwin s'inspire ici de Malthus.

(2) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 143.

La doctrine philosophique de Spencer se base sur *une loi d'évolution*. D'après cette loi, la vie de l'univers est un mouvement perpétuel de formation et de dissolution. Il y a un passage continuuel de l'homogène à l'hétérogène, de l'indifférencié au différencié et de l'incohérent au cohérent.

Un autre caractère du système spencerien est *l'organicisme*. En effet, il compare la société à l'organisme d'un individu. « Une société, dit-il, possède comme un individu, des organes qui la mettent à même d'agir sur son entourage, des forces pour l'attaque et la défense, des armées, des navires, des places fortifiées avec des garnisons » (1).

Le fond même de la doctrine de Spencer reste utilitaire. La société est nécessaire pour la vie de l'individu. Le but de toute société est donc de procurer les moyens nécessaires à l'homme pour mener à bien la lutte pour la vie.

Seulement, il y a quand même une différence entre l'utilitarisme de Bentham et de Spencer. Celui-ci veut remplacer l'utilitarisme empirique par l'utilitarisme rationnel. Bentham ramenait la signification de l'utile à un calcul de plaisirs et de peines. Pour Spencer, l'utilité est un principe biologique. C'est l'équilibre biologique entre les conditions de l'individu et les conditions du milieu qui détermine l'utile. On voit bien le rapprochement qui existe entre Darwin et Spencer.

De cette adaptation au milieu résulte le caractère relativiste de la théorie spencérienne. Tout dépend du temps et du lieu. L'utile n'a pas une valeur absolue; car « toutes

(1) Essais de morale, de science et d'esthétique (Essai de politique), traduction; A. Burdeau, Paris 1891, tome II, page 184; voir G. Richard: *La Philosophie du droit et la sociologie en Angleterre après H. Spencer*, archives; 1932, Nos 3-4.

les façons de penser et d'agir de l'homme, dans les lieux et aux temps où elles se présentent, ont leur rôle utile; mauvaises quand on les considère à part, elles sont bonnes relativement, et même elles sont les meilleures étant donné les circonstances » (1).

La morale aussi a un caractère utilitaire. En examinant la vie des animaux, Spencer dit que, nous jugeons leurs actes « selon qu'ils sont utiles ou nuisibles à la préservation de l'espèce ou de l'individu ». La même constatation s'appliquera aux hommes. L'objet principal de la morale serait la conduite envisagée objectivement en tant qu'elle produit de bons ou de mauvais résultats pour soi, pour autrui, ou pour tous à la fois (2). La loi morale sous cette forme prend un aspect altruiste, car l'individu doit veiller non seulement à son propre intérêt, mais aussi à ceux des autres. C'est une condition primordiale sans laquelle l'existence de la société sera en danger. Dans le cas où « le sacrifice accidentel de quelques-uns » des membres d'une espèce serait favorable pour la vie de l'espèce toute entière, on doit sanctionner ce fait (3).

Ainsi la liberté d'action de chacun se trouve être limitée par celle des autres; et en plus, parfois l'individu sera sacrifié à la société. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie. Car Spencer reste toujours individualiste et ne veut pas que l'individu soit écrasé par la société.

On a déjà souligné le rapprochement qui existe entre l'impératif catégorique de Kant et la loi d'action de Spencer (4). En effet, ce fait est incontestable. Selon Spencer,

(1) *Essai sur les progrès*, tome 1, page 114.

(2) *Justice*, traduction E. Castelot, Paris 1893, page 2.

(3) *Justice*, page 16.

(4) Del Vecchio : *loc. cit.*, p. 150.

« ce qu'on appelle justice » réside dans l'assujettissement volontaire de tout individu, qui accomplit les actes qui assurent son existence, et qui recueille librement leurs résultats normaux, bons ou mauvais, aux restrictions qu'impose l'accomplissement d'actes du même genre par les autres individus qui doivent comme lui en recueillir les résultats normaux, bons ou mauvais (1).

L'homme sous l'impulsion de son « sentiment égoïste de justice » sera amené à se servir de sa force physique et voudra recueillir tous les avantages que cette force lui procure. Mais peu à peu un autre sentiment naîtra sous la menace de différents éléments. Tels que la crainte des représailles, la crainte de l'aversion sociale, la crainte des châtimens légaux et la crainte de la vengeance divine. Le nouveau sentiment n'est pas à proprement parler altruiste, mais seulement on peut l'appeler « le sentiment pro-altruiste de la justice ». La vie en commun facilitera de passer à un sentiment purement altruiste. Les joies et les peines éprouvées en commun par tous, les autres sentiments de la vie journalière s'accumuleront et permettront la naissance du « sentiment altruiste de la justice » (2).

Du *sentiment de justice*, on passe à l'*idée de justice*. A la suite des mêmes sentiments éprouvés par plusieurs générations, il se forme une démarcation essentielle entre les actes licites et les actes illicites. Les expériences successives nous apprennent que notre action peut aller jusqu'à une certaine limite déterminée. Ainsi à la suite d'un long processus, l'idée prend naissance de la répétition des mêmes sentiments. Naturellement comme les sentiments,

(1) *Justice*, page 22.

(2) *Justice*, pages 34-36.

les idées aussi sont en rapport étroit avec la société et s'adaptent à l'Etat social (1).

Maintenant que nous connaissons les lignes générales de la doctrine de Spencer, nous pouvons entreprendre l'étude de son système juridique proprement dit. Comme l'a très justement signalé M. Alexandro Levi (2), il est très intéressant, pour l'histoire, de l'idée du droit naturel, de voir un philosophe évolutionniste se baser sur ce droit. Mais le droit naturel de Spencer ne correspond pas à l'idée classique qui monte jusqu'à Aristote. Spencer commence par refuser de reconnaître le caractère de droit à n'importe quelle décision de l'autorité judiciaire. Il critique Bentham et Austin qui ne voient d'autre source de droit que de l'autorité gouvernementale. Le droit, chez Spencer est antérieur à la loi positive jusqu'à ce point que celle-ci tire sa force de ce droit même. La source du droit réside dans la « loi d'égale liberté ».

La croyance en une règle supérieure découle, pour un évolutionniste, des expériences, non pas de chaque homme en particulier, mais « des expériences communes de la race » (3). De ce fait une règle qui aura une valeur *à priori* pour l'individu, possédera une portée *à posteriori* pour l'ensemble de l'espèce. Il n'y a pas lieu que chaque homme ou chaque génération répète la même expérience pour arriver à une conclusion définitive. La loi d'égale liberté est de cette nature. Elle a son origine dans les expériences de la race. Elle correspond « aux exigences de

(1) *Justice*, page 39.

(2) *Sur le Droit naturel dans la philosophie de Spencer*, page 651. Comptes rendus du II Congrès International de philosophie. Genève, 1904.

(3) *Justice*, page 63.

certain rapports que l'ordre naturel rend nécessaires » (1). Cette loi est pour Spencer le principe moral ultime, possédant une autorité supérieure à toute autre. Tous les droits sont les corollaires de la loi d'égale liberté. Les plus importants sont le droit à l'intégrité physique, les droits à la liberté de se mouvoir et de se déplacer, les droits à l'usage des milieux naturels, le droit de propriété, le droit politique, le droit à la liberté de croyance, etc. (2).

Quel est le rôle de l'Etat dans le système spencerien ? Trois mobiles, dit Spencer, ont poussé les hommes à constituer des Etats : 1° le désir de sortir de l'isolement ; 2° la nécessité d'action combinée contre les ennemis humains ou animaux ; 3° le besoin de coopération en vue d'une meilleure satisfaction à procurer aux besoins physiques intellectuels et moraux (3). Ces trois causes ont toutes le même but : la conservation et le bonheur de l'individu et de l'espèce. Spencer réaffirme son individualisme : « Le bien des unités constitue la fin que doit poursuivre la société dans sa capacité corporative, c'est-à-dire l'Etat, puisque la société n'est pas, comme agrégat, douée de sensibilité et que sa durée ne constitue un desideratum qu'en tant qu'elle dessert les facultés de sentir des individus » (4).

L'Etat n'a pas une forme déterminée absolue. Il suit la loi d'évolution. Au début, les Etats primitifs avaient une formation militaire ; peu à peu l'évolution nous amène à une forme industrielle. Mais admettre un type idéal de société est une infraction à la théorie évolutionniste. Car

(1) *Justice*, page 70.

(2) On trouvera l'étude approfondie de ces droits dans le livre de Henry Michel : *La philosophie politique de H. Spencer*, Paris 1890.

(3) *Justice*, page 215.

(4) *Justice*, page 219.

celle-ci voudrait que l'évolution ne s'arrête pas, qu'elle continue toujours. Spencer, avec son éthique absolue, imagine un état de parfaite adaptation au milieu social. Mais comment l'expérience pourra-t-elle nous convaincre sur la nécessité d'une société idéale ? Pour arriver à cette fin, il faut quitter l'empirisme et adopter une conception rationnelle. Quand Spencer nous parle des droits naturels, il tombe en contradiction avec sa propre théorie. La doctrine utilitariste de Spencer devait avoir comme issue logique une conception positiviste du droit. En acceptant un droit idéal Spencer n'a pu que sauver la face de sa théorie. Au fond elle reste parmi les tendances anti-rationnelles et positivistes. C'est pourquoi nous affirmerons, avec Del Vecchio, que Spencer n'est pas arrivé à saisir le fondement de la morale et du droit ; et nous dirons qu'il est singulier que « le plus grand fauteur de la réaction positiviste contre le rationalisme dans la philosophie du droit se soit fait à la fin, le propagateur des principes mêmes du droit naturel » (1).

Spencer a voulu certes combiner les deux doctrines opposées, celle des partisans du droit naturel découlant de la raison humaine et celle des tenants de la physique sociale. Avec les premiers il défend l'individu, et avec les seconds, il s'engage dans la voie qui mène à la toute puissance de l'Etat. Mais dans l'une ou l'autre de ces tendances, il ne va jamais jusqu'à l'extrême limite (2). Il a même porté sa préférence du côté de l'individu. Dans l'évolution incessante de la société vers la phase industrielle, les pouvoirs de l'Etat doivent se restreindre en faveur de ceux de l'individu.

(1) Del Vecchio, page 149.

(2) Henry Michel : *loc. cit.*, page 40.

V

J. Austin

Un juriste qui a eu une influence prépondérante dans la doctrine et dans la pratique anglaise fut Jhon Austin. Cet auteur se rattache directement à l'utilitarisme de Bentham.

Austin avec sa théorie sur la souveraineté et sa conception de « loi » aboutit à la négation du droit international.

La souveraineté est un pouvoir absolu. Le possesseur de ce pouvoir peut être « soit un individu soit une collection d'individus » (1). Le souverain peut contraindre ses sujets à faire ce qu'il lui plaît. Ce principe se transforme dans le domaine des relations extérieures, en une complète indépendance des Etats les uns à l'égard des autres. Aucun pouvoir n'existe au monde qui puisse contrôler les actes d'un souverain. La souveraineté, de par sa définition, est indivisible. De ce fait Austin voit d'un mauvais œil la distinction des Etats en Etat souverain et en Etat demi-souverain (2).

Toutes les règles de droit émanent d'une source unique : le souverain. Parfois on dit, pour certaines règles, qu'elles sont établies par d'autres autorités que le souverain. Cela vient de ce fait que ces règles sont édictées par une autorité subordonnée au souverain. Mais la source unique et immédiate est toujours l'autorité souveraine qui ne dépend d'aucune autre instance. Le droit écrit ou promulgué est toujours l'œuvre du souverain; le droit non écrit ou non promulgué est établi par « quelque source subordonnée ».

(1) *La philosophie du droit positif*, page 26 ; traduction : G. Henry.

(2) Henry Summér Maine : *Le droit international, la guerre* ; page 74-76.

La règle de droit peut être mise au jour par deux modes distincts : par voie de législation directe et par voie de législation judiciaire. Les règles établies par le premier procédé ont une valeur générale et abstraite, tandis que les secondes sont faites pour donner une solution à un cas déterminé (1). Selon cette conception le juge n'a pas seulement la mission d'appliquer la loi existante mais encore il peut créer le cas échéant des règles de droit qui ont la même force d'application que les lois. Austin écrivait à ce sujet « je ne peux pas comprendre comment quelqu'un qui a étudié le sujet peut présumer que la société aurait pu continuer si les juges n'avaient pas légiféré » (2). La seule différence qui existe entre les deux sortes de règles est que le juge légifère à l'occasion d'un cas concret qui se présente devant lui.

La loi doit avoir, ainsi que nous venons de le voir, un auteur déterminé. Pour qu'on puisse donner le nom de loi à des prescriptions établies par le souverain l'existence d'un autre élément est indispensable. Il faut que en cas de violation une mesure spéciale vienne sanctionner la règle de droit. Pourquoi ce recours à la force ? Parce que aux yeux d'Austin, la loi est un mal, mais un mal nécessaire. La contrainte physique obligera le peuple à obéir à la loi qui est un remède pour un mal plus grand qu'elle : « La loi, comme la médecine, dit Austin, est un préventif ou un remède au mal : et si le monde était libéré du mal, la notion et le nom en seraient inconnus (3) ». Les sanctions

(1) Austin : *loc. cit.*, page 28.

(2) Cité par Habicht : *Le pouvoir du juge international de statuer « ex-æquo et bono »* ; Cours de La Haye, 1934, t. 49, p. 290.

(3) Cité par Goodhart : *La nature du droit international*. (Communication faite à la société Grotius « The Grotius Society » le 23 avril 1936, rapportée dans la « Revue de droit international » 1937, tome XIX, page 648).

sont donc d'après notre auteur « le fondement et l'inévitable base de toute loi ».

Avec cette doctrine, ce qu'en général on appelle le droit international est exclu du domaine juridique. Austin l'appelle « la morale positive internationale » (1). En effet, il n'y a pas une autorité supérieure aux Etats souverains, pour établir un système juridique international. D'autre part l'impossibilité théorique et pratique, du point de vue d'Austin, d'appliquer des contraintes matérielles aux Etats membres de la communauté internationale rend plus difficile, sinon chimérique, l'établissement d'un ordre juridique international basé sur le respect d'une loi universelle.

Dans l'étude de la doctrine austinienne, il ne faut pas se méprendre sur la signification du mot « morale ». Comme l'a fort justement remarqué M. Kraus. Austin entend sous le nom de « *Positive morality* », les lois humaines désignées par cette expression, sans égard à la question de savoir si elles sont bonnes ou mauvaises. Ces lois sont appelées ainsi, parce qu'elles ne sont pas créées par une autorité supérieure. M. Kraus dit que la « positive morality » est, pour le chef de l'école analytique anglaise, à peu près ce que l'on appelle les « normes conventionnelles » (2).

Les règles désignées sous la nomination de la morale positive internationale ne sont pas cependant, pour Austin, dénuées de toute sanction. Austin admettait que ces normes possédaient leurs sanctions propres. Seulement ces sanctions ne sont pas juridiques, elles sont morales. Par exemple, en cas de violation d'une prescription de « posi-

(1) *Loc. cit.*, page 31.

(2) H. Kraus : *La morale internationale*. Cours de La Haye 1927, tome 16, page 405.

tive morality », la réaction de l'opinion publique constitue pour cette matière une sorte de sanction morale. La règle qui prescrit l'inviolabilité et le caractère sacré de la parole donnée et des traités (*Pacta Sunt Servanda*) est une norme non juridique. Cette norme est morale (1).

On voit bien que Austin se base sur la nature de la contrainte à exercer pour faire une distinction entre la « loi » et la « positive morality ». En effet, pour lui la sanction juridique doit toujours être imposée par une autorité constituée : « Ainsi nous disons qu'un projet de loi devient loi quand il a été « sanctionné » par l'assentiment royal, quand il a reçu la « sanction royale ». Et le mot est souvent employé dans le même sens par les juristes romains » (2).

Austin a exercé comme nous l'avons dit une grande influence sur les juristes anglais. Longtemps les auteurs restèrent attachés à la théorie austinienne. Mais dans la seconde moitié du XIX^e siècle, un mouvement hostile commença à se dessiner. Les partisans de la théorie du commandement de la loi furent vigoureusement critiqués. Une nouvelle doctrine anglo-américaine fut formulée pour la première fois d'une manière précise par A. B. Dicey. Le mot « loi » a pris une signification très large. Dicey disait que « la loi de chaque pays se compose de tous les principes, règles, ou maximes appliquées par les tribunaux de ce pays ». Cette conception a eu un grand écho dans la pensée anglo-américaine. Pour l'organisation définitive de la paix on proposait l'établissement des tribunaux internationaux.

(1) J. P. Whitton : *La règle Pacta sunt servanda*. Cours de La Haye 1934, tome 49, page 243.

(2) Cité par J. F. Williams : *La convention pour l'assistance financière aux Etats victimes d'agression*. Cours de La Haye 1930, tome 34, page 88.

Enfin, une autre définition de la « loi » formulée par Sir Frederick Pollock, nous amène à la conception contemporaine. Celui-ci disait que la loi est mise en vigueur par l'Etat parce que c'est la loi (1). Ainsi, on reconnaît la possibilité de l'existence d'une norme juridique avant même qu'une autorité vienne la sanctionner.

VÍ

J. Westlake

Nous allons entreprendre maintenant l'étude de la doctrine de John Westlake (1828-1913). Un de ses élèves, qui fut en même temps son successeur dans sa chaire, le qualifie du titre de « Plus grand juriste international britannique du XIX^e siècle » (2).

Au commencement de son (Traité de droit international) (3), Westlake nous donne la définition de cette matière : « Le droit international, aussi appelé droit des gens, est la loi de la société des Etats ou Nations ».

Dans cette définition, la première constatation qui attire notre attention, c'est ce fait que, l'auteur fait entrer parmi les sujets du droit des gens non seulement les Etats, mais aussi les nations. C'est un premier pas vers une conception plus large que celle des positivistes proprement dits.

La seconde constatation se portera sur le terme de « loi ». Car dans les écrits de presque tous les juristes anglais il y a une distinction entre « loi » et « droit ». De ce fait, il existe une certaine incompréhension entre la doctrine

(1) Goodhart : *loc. cit.*, page 653.

(2) A. Pearce Higgins : *La contribution de quatre grands juristes britanniques au droit international* ; Cour de La Haye 1932, tome 40, page 66.

(3) Traduction française par A. de La Pradelle, publication de la Dotation Carnegie 1924.

continentale et la doctrine britannique. Cet état de choses est défectueux pour le développement de la science de droit en général et du droit international en particulier.

Le mot anglais *law* a une signification déterminée : c'est une règle qui est édictée par « la volonté corporative de l'Etat » (1). A l'inverse des lois de nature qui indiquent ce qui *est*, le droit politique ordonne ce qui *doit être*. Une loi peut être mauvaise ou bonne; cela n'a pas d'importance. Les considérations de justice et d'injustice n'entrent pas dans la définition de la loi. Or, dans les langues continentales les mots qui correspondent aux termes *law*, tels que *jus*, *droit*, *recht*, etc., ont une signification qui dépasse celle de *law*. Les mots *jus*, *droit*, *recht*, etc., expriment en même temps ce qu'on entend par le terme « loi », et aussi par le mot anglais *right* (juste). Même cette dernière signification est plus forte que la première, et c'est pourquoi quand on veut parler d'une loi au sens du mot *law*, on y ajoute le qualificatif « positive ». Autrement dit, l'anglais, de par la définition même, considère le droit international comme *un ensemble de règles acceptées et appliquées par la communauté des Etats*. Une fois cette condition réalisée, il n'y a pas lieu de douter de l'existence d'un tel droit. Austin avait refusé le titre de droit ou bien de *law* aux règles qui régissent les rapports des Etats. Westlake n'adopte pas ce point de vue. Il dit que la loi n'est pas exclusivement l'œuvre du souverain, mais d'un ensemble de personnes parmi lesquelles se trouvent le fonctionnaire, le juge, l'appareil exécutif, le législateur, etc. D'autre part selon lui, le droit international possède ses propres sanctions. Les réactions de l'opinion mondiale, la crainte qui provient du fait que les autres Etats pourront devant une violation de la loi.

(1) Westlake : *loc. cit.*, page 6.

recourir à la force, etc., constituent des contraintes décisives et d'une grande importance. Donc il existe bien un *International Law*.

Le droit international d'après la thèse de Westlake a deux sources : la coutume et la raison.

La coutume s'établit peu à peu suivant les pratiques des nations. C'est une ligne de conduite que la société a consenti à regarder comme obligatoire (1). Le consentement est la meilleure preuve de l'existence de la coutume. Pour arriver à savoir s'il y a ou non un consentement, on procédera à l'examen des différents éléments parmi lesquels on peut citer la pratique des Etats. Mais la coutume seule est insuffisante pour la création des règles du droit international. La raison a une part importante dans l'établissement de ces règles. Dans le cas où la coutume demanderait une correction et dans l'absence des règles établies par le consentement des Etats, on s'en référera à la raison. Westlake dit que « quand un Etat doit agir en dépit de l'absence des règles, il doit, autant que possible, le faire de telle manière qu'une règle puisse se construire sur la base du précédent » (2). Cette affirmation nous rappelle un peu l'impératif catégorique de Kant : « Agis de telle sorte que., etc... ».

Outre la coutume et la raison, Westlake cite le Droit Romain comme une des sources du droit international. Le droit romain, dit-il, a une double importance dans notre système juridique moderne. Ce droit est admis comme un système coutumier mais aussi répondant aux exigences de système coutumier, mais répondant aussi aux exigences de

(1) *Loc. cit.*, page 15.

(2) *Loc. cit.*, page 19.

L'ampleur avec laquelle Westlake parle de la raison et de la justice, nous amène à dire qu'au fond de sa pensée, notre auteur n'est pas un positiviste. Quand il déclare : « Le droit international est fondé sur le consentement de la société internationale des Etats », il ne veut pas affirmer par là son attachement au positivisme. Le consentement est pour lui, une preuve ou bien une présomption en faveur de la conformité à la raison, de la règle coutumière. M. Higgins dit que « l'habitude de Westlake était de dire que la « justice » internationale est à la base du droit international » (1). Ce qui sépare Westlake des partisans d'un droit supérieur aux Etats, c'est la différence, ou bien le malentendu, qui naît de la terminologie britannique et de la terminologie continentale. Le mot *Law* a une signification qui est indifférente à l'égard de la justice et de l'injustice. C'est pourquoi l'*International Law* est par définition positive et est toujours du droit, dans le cas même où elle est injuste. Au contraire, le mot *Droit* correspond à la fois aux mots anglais *Law* et *Right* et implique dans tous les cas, une règle qui est juste en soi. De ce fait, quand le juriste continental dit : droit international, il entend par là un ensemble de règles justes.

VII

T. J. Lawrence

Parmi les auteurs anglais, fidèles à la tradition qui refuse le caractère de droit au droit naturel, T. J. Lawrence occupe une place très importante. Louis Renault disait à propos de son livre (*Les principes du droit international*) que cet ouvrage était « le meilleur qui existât sur le sujet dans

(1) *Loc. cit.*, page 35.

aucune langue » (1). Ce livre a été traduit en français par MM. Albert de La Pradelle et Dumas, et sur l'initiative de la Dotation Carnegie (2).

Selon Lawrence, l'école du droit naturel commet l'erreur de confondre ce qui *est* avec ce qui *doit être*. On ne peut pas dire qu'une loi n'est pas loi parce qu'elle est mauvaise ou injuste. N'importe quelle règle « est une loi parce que c'est une règle de conduite établie et reçue parmi les hommes, non parce qu'elle introduit la justice dans ses commandements » (3). Cette définition est très claire. C'est pourquoi toute sorte de commentaire nous paraît être superflu. Notre auteur ne croit pas à une loi naturelle supérieure à la volonté. D'après lui « la théorie du droit naturel ne supporte pas l'analyse ». Les auteurs qui nous parlent de ce droit n'ont même pas pu se fixer sur les principes fondamentaux de la loi naturelle.

Les juristes peuvent critiquer les lois positives existantes. Ils ont la mission de les analyser et de relever leur défec-tuosité. Une loi peut être mauvaise ou injuste, mais rien ne nous autorise à dire, qu'une telle règle n'est pas une loi. En dehors et au-dessus de la loi, il y a un criterium du juste ou de l'injuste, mais celui-ci reste étranger au domaine juridique.

Sur le point de savoir si le droit international est réellement un droit ou non, la position de Lawrence est toute autre que celle de Austin. Il est vrai, dit-il, qu'il n'y a pas une autorité supérieure aux Etats; mais quant aux sanc-

(1) Cité par J. B. Scott, dans la préface qu'il a écrit pour la traduction française.

(2) Oxford, imprimerie de l'Université 1920 ; d'après la 5^e édition anglaise parue en 1913.

(3) *Loc. cit.*, page 36.

tions, il en existent. Les règles du droit international « ont pour sanction, partie la conviction intime qu'elles sont bonnes et justes, partie ces subtiles influences qui permettent difficilement à un homme ou à un groupe d'hommes d'agir à l'opposé d'idées fortement reçues par ceux avec lesquels il a commerce habituel, partie la crainte que leur méconnaissance n'ait à la longue des conséquences fâcheuses pour les récalcitrants » (1). Quand Austin refusait le caractère du droit aux règles sus-visées il oubliait ces considérations qui sont pourtant suffisantes pour faire admettre l'existence des sanctions s'appliquant aux violateurs de la loi internationale.

Examinant ensuite la question de la méthode en droit international, Lawrence prend position en faveur de la méthode historique (2). Les auteurs qui proposent, dit-il, l'application d'une méthode *à priori* se trompent. Quand ils disent que le droit international reconnaît mais ne crée pas les droits qui sont « antérieurs à toute loi, ou du moins à toute loi d'origine humaine », ils tombent dans une situation indéfendable. Car ces juristes pour éviter le reproche que l'on pourrait faire à leur égard en disant qu'ils tirent le droit international de leur conscience innée, cherchent presque toujours leurs exemples dans la pratique des Etats. Mais de cette manière, ils oublient dans la plus grande partie de leurs ouvrages « les principes posés par eux aux premiers chapitres ».

D'autre part, pour rester fidèle à la réalité, si nous examinons la pratique des Etats, nous constatons que ceux-ci ne recourent pas aux idées innées de la justice. Au contraire,

(1) Lawrence : *loc. cit.*, page 10.

(2) Le Fur : *Précis de Droit international public*, 3^e édition, page 192.

ils s'inspirent toujours des principes « admis par l'opinion générale ». Même dans les cas où il n'existe pas des précédents se rapportant directement à la difficulté actuelle, les hommes d'Etat soutiennent leurs thèses et s'efforcent de montrer que les principes admis conduisent à la solution qu'ils proposent. On voit bien que la méthode qui prévaut dans la pratique n'est pas *à priori* mais historique. Les Etats appliquent entre eux non pas le droit qui devra être, mais le droit qui est. Lawrence conclue en ces termes : « Les règles et les notions sur lesquelles elles (les relations des Etats) s'appuient, peuvent être moralement bonnes ou moralement mauvaises. On peut les approuver ou les désapprouver. Mais, si elles déterminent la conduite des gouvernements dans leurs relations mutuelles, définissent les droits et exposent les devoirs des Etats, elles constituent le droit international » (1).

Le droit international de Lawrence prend donc sa source dans des faits et des usages. Une volonté expresse n'est pas nécessaire pour l'établissement des règles de ce droit. Elle peut être aussi, tacite. Par exemple, la coutume en tant qu'une norme observée habituellement par les Etats dans leur rapport mutuel « quoi qu'ils ne se soient pas solennellement obligés par des promesses d'agir ainsi » (2) est une règle de droit international. Mais, tacite ou expresse, le consentement des nations est toujours une condition indispensable pour qu'une règle possède une force obligatoire. Donc, il n'y a qu'une source de droit : le consentement des nations. Il ne faut jamais oublier qu'aucune règle ne peut avoir l'autorité d'une loi avant d'avoir été connu par les Etats civilisés (3).

(1) *Loc. cit.*, page 13.

(2) *Loc. cit.*, page 99.

(3) *Loc. cit.*, page 100.

Quand aux sources formelles elles sont au nombre de cinq : les œuvres des grands publicistes, les traités, les décisions des cours de prise, des conférences internationales et des tribunaux d'arbitrage, les papiers d'Etats internationaux autres que les traités; instructions émanées des Etats pour guider la conduite de leurs agents et de leurs tribunaux.

Bien que Lawrence soit un positiviste convaincu, nous ne trouvons pas chez lui cette admiration allant même jusqu'à l'adoration, de la force. Les juristes et les philosophes allemands nous avaient donné l'habitude de chercher dans chaque proposition qui nous invite à voir dans le consentement ou dans la volonté un fondement pour le droit, la tentative avouée ou cachée de vouloir instaurer la force en souveraine absolue. L'auteur anglais insiste au contraire sur le rôle du juriste. Celui-ci ne doit pas restreindre sa tâche par un simple enregistrement des volontés étatiques. Au besoin, il doit déclarer avec vigueur et ténacité que telle ou telle règle n'est pas conforme à la justice ou aux idées humanitaires. Pour qu'un juriste mérite ce nom, il doit constamment agir sous la poussée de sa conscience et de sa raison. Rien n'est plus odieux que de voir des hommes, qui ont la mission d'éclairer et de guider le public, se faire les serviteurs aveugles de la volonté arbitraire et de la force brute. Un publiciste de droit national ou international, doit pouvoir se tenir en dehors des influences et des pressions journalières que la politique routinière ne cessera de vouloir exercer sur lui.

Si tous les penseurs de l'histoire se bornaient à constater ce qui est, sans s'occuper de ce qui devrait être, l'évolution et les progrès que l'humanité a accomplis et qui devra accomplir seraient bien maigres. Lawrence est un de ceux

qui proposent aux juristes la mission de veiller au salut des principes de justice. Ce faisant, il s'éloigne de la méthode historique. Le professeur Le Fur a relevé de nombreuses contradictions dans la doctrine de Lawrence (1).

VIII

T. E. Holland

Sir Thomas Erskine Holland dans sa longue carrière de diplomate et de juriste exerça une grande influence sur la pratique et sur la pensée anglaises. Quand en 1926, à l'âge de 91 ans, il mourut, il laissa derrière lui une œuvre grandiose et précieuse. Son *Manuel of Naval Prize* (1888), son *The laws and customs of war on land* (1900) ne furent pas parmi ses œuvres les moins connues. Au contraire, le premier de ces deux ouvrages est le document auquel on se réfère constamment dans tous les ouvrages fondamentaux du droit international comme montrant le point de vue britannique sur les matières qui y sont traitées » (2). En publiant le *De jure belli* de Gentilis, Holland attira l'attention des juristes sur cet auteur italien qui fut l'un des précurseurs de Grotius.

Dans ses *Elements of Jusisprudence*, dont la 13^e édition date de 1924, Holland expose ses idées sur le problème général du droit. Sur ce point, il existe une parenté entre lui et Austin. Comme le chef de l'école analytique, Holland fait baser son système sur la souveraineté des Etats. Les seuls sujets du droit international sont les Etats. Pour les questions intéressant les relations des Etats, il n'y a pas un arbitre qui puisse apporter son concours pour le règlement des difficultés. Il n'y a que l'opinion publique uni-

(1) Le Fur : *Précis...*, page 193.

(2) Higgins : *loc. cit.*, page 66.

verselle comme un agent qui se place en dehors et au dessus des parties en litiges. La tendance qui veut assimiler le droit international par l'agrégation des Etats en une société plus large » (1), à un droit véritable, travaille à l'anéantissement de ce droit. Car dans ce cas, ce ne serait plus un droit international mais le droit public d'un gouvernement fédéral.

Le fondement du droit international, selon Holland est le consentement des Etats. Répondant à ces critiques, il dit que le droit international n'est pas le résultat d'une cuisine faite par des « rats de bibliothèque » (*book worus*), des juristes, des professeurs ou autres théoriciens. Il reste fidèle à la tradition de la pensée britannique et déclare que ce sont les hommes d'Etat, les diplomates, les tribunaux de prises, les généraux et les amiraux qui créent le droit international. Cela nous montre quelle grande importance Holland attache aux faits. En effet, dans ses écrits, dit M. Higgins, il se référait constamment à la fois aux précédents historiques et à la pratique actuelle de son temps (2). Il fut un positiviste. Sur ce fait il n'y a aucun doute, mais comme ses compatriotes, il nourrissait en lui un idéal qui, bien qu'à certains égards soit marqué par un égoïsme national, voulait un compromis entre l'intérêt de son pays et ceux de toutes les autres nations du monde. C'est à ce but qu'il faut penser en étudiant les doctrines des juristes anglais. Leur méthode, il est vrai, n'est pas de nature à permettre la réalisation de ce but. Tant qu'on ne cherchera pas à donner au droit un fondement plus solide que les faits, tant qu'on n'aura pas un criterium pour faire un jugement de valeur sur les règles positives, l'équivoque règnera dans le domaine des relations internationales.

(1) Higgins : *loc. cit.*, page 69.

(2) Higgins : *loc. cit.*, page 73.

IX

W. E. Hall

William Edward Hall (1835-1904) fut le représentant le plus qualifié de l'école positiviste anglaise. La méthode que suit Hall est une méthode historico-pratique. Il cherche ses exemples dans des précédents et dans des faits contemporains. Comme tous les auteurs anglais qui ont adopté une tendance positiviste, Hall après avoir trouvé le fondement du droit international dans les faits, se réfère à un principe supérieur. Voici la définition qu'il nous donne : « Le droit international consiste dans certaines règles de conduite que les Etats civilisés modernes considèrent comme obligatoires pour eux dans leurs relations mutuelles; avec une force comparable en nature et en degré à celle qui oblige les individus doués de conscience à obéir aux lois de leur pays et qu'ils considèrent également comme susceptibles d'être ramenées à exécution par des moyens appropriés en cas de violation » (1).

Cette définition s'appuie sur les faits et sur les sanctions. Il n'y a pas lieu, pour Hall, de demander le secours du droit naturel. Parce que, dit-il, chacun le comprend à sa manière. « Si ses règles étaient mises en œuvre en dehors de toutes références à l'usage international, il y aurait presque autant de codes différents qu'il y a d'écrivains dotés d'autorité » (2). D'autre part, même en admettant l'existence de telles règles objectives, on ne pourrait faire baser les obligations juridiques des Etats sur elles, car pour lier juridiquement un Etat, les commandements de la moralité sont insuffisantes, il faut des « règles acceptées » par eux.

(1) Higgins : loc. cit., page 46.

(2) International Law : page 1, cité par Higgins, page 47.

Donc, ce qui amène Hall à refuser le droit naturel, c'est d'une part, l'absence de précision en ce qui concerne son contenu, de l'autre la nature de ces règles. Elles sont des commandements s'adressant à la moralité. Elles n'ont pas de valeur juridique. Mais Hall ne prétend nullement qu'on pourrait faire abstraction des considérations de justice et de morale. Au contraire, il dit que l'écrivain doit toujours tenir en compte ces deux notions dans ses analyses et ses critiques.

Selon Hall, les Etats indépendants ont une nature morale identique à celle des individus. Dans leurs relations, ils agiront sur l'impulsion de cette nature morale et non pas exclusivement sous les ordres de leurs égoïsmes. Les Etats ont des droits et des devoirs. Parmi les droits il y en a un qui, à juste titre, inquiète les juristes. Hall parle en effet d'un droit qu'il appelle « *Self-Preservation* ». Les Etats sont indépendants. Ils ont une entière liberté d'action dans la limite du droit. Mais quand il s'agit de sa (Self-Preservation) l'Etat n'est pas tenu de respecter l'indépendance des autres Etats. La « *self-preservation* » est un droit devant lequel tout autre droit doit reculer.

C'est une arme à deux tranchants. Hall le voit bien. Quand il dit que « en dernier ressort, la presque totalité des devoirs des Etats sont subordonnés au droit de *Self-Preservation*... » et que « il serait difficile de dire, qu'un acte, qui *n'est pas incompatible avec la nature d'un être moral*, est interdit dès l'instant où il peut être prouvé que, par cet acte et par cet acte seulement, la Self-Preservation peut être assurée » (1).

(1) International Law, 3^e partie, chapitre VII ; cité par Higgins, page 49.

Dans ce passage il apporte une restriction au droit de la Self-Preservation. L'Etat qui accomplit un acte en vertu de ce droit doit agir de telle sorte que cet acte ne soit pas « incompatible avec la nature d'un être moral ». Mais quoique que ce soit c'est dans une voie dangereuse que Hall s'engage. Le droit de Self-Preservation ressemble beaucoup au droit de nécessité. Higgins dit que Hall a voulu exprimer par là un droit de Self-défense que tout le monde accepte. Nous ne pouvons pas admettre cette hypothèse. Si cela était ainsi, pourquoi n'a-t-il pas employé le mot self-defense au lieu de self-preservation ? En se référant au texte tel qu'il est écrit par Hall, on voit qu'il a admis pour les Etats un droit très dangereux, mais d'autre part, il a aussi tempéré ce droit par des considérations de moralité. C'est tout ce qu'on peut dire.

CHAPITRE IV

L'ECOLE AUTRICHIENNE

Il existe bien aujourd'hui une Ecole Autrichienne de droit. Le fondateur de cette Ecole est M. Hans Kelsen. Le système juridique que veut établir cet auteur a attiré l'attention des juristes de tous les pays. On a déjà beaucoup dit et écrit sur cette nouvelle tendance. La doctrine kelsenienne du droit et de l'Etat est très connue. C'est pourquoi nous nous contenterons de donner ici un exposé sommaire des idées de Kelsen (1).

Le système de M. Kelsen est admis aujourd'hui par la plupart des publicistes, comme un système positiviste. Nous pouvons même dire que parmi les positivistes de toute tendance, l'Ecole de Vienne représente, avec son maître et son instigateur, le pur positivisme juridique (2). En effet, pour Kelsen, le droit et l'Etat ne sont pas des entités distinctes. Dans les théories volontaristes, on admet souvent que le droit est créé par l'Etat, il est son œuvre, par conséquent postérieur à lui. Kelsen dit que l'Etat et le droit s'identifient (3).

(1) Pour une vue plus large et détaillée voir notamment : *Allgemeine Staatslehre*, 1925 ; Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, *Revue du droit public*, 1926, page 561. A. Walz : *Les rapports du droit international et du droit interne*, Cours de La Haye 1937, tome 61, page 379. Kunz : *Volkerrechtswissenschaft und reine rechtswissenschaft* 1923.

(2) Voir ne ce sens Waline : *loc. cit.*, page 524.

(3) Carré de Malberg : *Théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, 1933, page 2.

Pour bien comprendre la portée de cette théorie *Moniste* à un double point de vue (identification du droit et de l'Etat, représentation du droit interne et du droit international comme faisant partie du même système juridique), voyons tout d'abord la conception d'Etat du fondateur de l'Ecole de Vienne.

L'Etat selon Kelsen, est un ordre de la conduite humaine. L'ordre dont il s'agit ici n'est pas naturel, c'est-à-dire, il ne fait pas partie du domaine de l'être (*Sein*). L'ordre naturel est déterminé par les lois naturelles. La violation de ces lois reste toujours impossible. L'ordre de la conduite humaine est un système de règles ou de normes. Celles-ci « déterminent ce qui, en droit, devrait toujours se passer, même s'il arrive parfois, en fait, que cela ne se produise pas » (1). Donc l'ordre normatif désigne ce qui devrait être (*Sollen*). On peut enfreindre une norme. Ce fait n'enlève pas à celle-ci son caractère de règle. De cela il résulte une différence essentielle entre l'ordre naturel et l'ordre étatique. Car dans le premier « ce sont les lois de la nature qui doivent se conformer aux faits », tandis que dans le second « ce sont les faits — c'est-à-dire les actions ou les abstentions des hommes — qui devraient se conformer aux règles » (2).

La caractéristique de la norme est de prescrire un impératif : on ne doit pas voler, on ne doit pas mentir. Ces impératifs émanent de l'Etat. Celui-ci impose à ses sujets un système de règles. Il est donc une puissance. La volonté

(1) Kelsen : *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* ; Cours de La Haye 1926, tome 14, page 234.

(2) *Loc. cit.*, page 234.

de l'Etat est, pour Kelsen, une expression métaphorique de la validité objective de l'ordre normatif que nous appelons Etat (1).

Quand on doit obéir à une règle, elle est *valable*; quand on obéit effectivement, elle est *efficace*. L'ordre étatique ne peut conserver sa validité sans un minimum d'efficacité. « Admettre le contraire serait une absurdité » dit Kelsen (2).

Pourquoi les individus obéissent-ils aux règles étatiques ? C'est un problème difficile à résoudre, selon notre auteur. Mais il affirme néanmoins qu'on n'obéit pas exclusivement en pensant « à l'impératif de l'Etat ». D'autres causes, non moins concluantes, interviennent. Par exemple les idées religieuses ou morales peuvent détourner un individu qui pense à commettre un délit.

Les actes *imputables* à l'Etat sont seulement ceux qui sont conformes à l'ordre étatique. Ce n'est pas par des données empiriques que nous arrivons à constater l'unité de l'ordre étatique, mais par une opération de l'esprit. Nous ne percevons que les actes individuels. Pour distinguer les actes étatiques des autres, nous supposons un ordre valable. C'est une opération de l'esprit, que nous nommons *imputation* (3). L'ordre étatique est donc une création de l'esprit (4). Par conséquent l'Etat « ce sont ces faits réels interprétés d'après un certain *ordre idéal* » (5).

Pour distinguer l'Etat des autres formations sociales, son caractère normatif n'est pas suffisant. Toute société humaine a pour caractère d'être un ordre normatif. Dans toute société, une conduite sociale est imposée aux membres de la communauté. Le lien de cause à effet ne comporte

(1) *Loc. cit.*, page 235.

(2) *Loc. cit.*, page 237.

(3) *Loc. cit.*, 239.

(4) *Loc. cit.*, 240.

(5 et 6) *Loc. cit.*, page 241.

pas une idée d'obligation. Dans le domaine purement physique, il n'y a pas un ordre normatif. Il y a seulement des relations de cause à effet. De ce point de vue aussi, la société est distincte de la nature (1). Et encore une fois, l'Etat, comme toute autre société, est du domaine de l'esprit. Mais ayant ainsi distingué l'Etat et la nature, nous ne sommes pas arrivés à discerner le critère qui diffère l'Etat des autres formations sociales. M. Kelsen trouve la clef de cette énigme dans le fait que l'Etat est en outre *un ordre de contrainte* (Zwangsordnung). La contrainte a une importance primordiale dans l'ordre étatique. A ce point que l'appareil de contrainte est identique à l'ordre juridique (2).

Voici à quelle conclusion aboutit le raisonnement de Kelsen : l'Etat est la personnification la plus compréhensible, la personnification totale du droit (3).

(1) *Loc. cit.*, page 241.

(2) *Loc. cit.*, page 242 ; de même dans : *Théorie générale du droit international public* (Cour de La Haye 1932, t. 42, p. 124) Kelsen insiste sur l'importance de cet élément : « Le droit est un ordre de contrainte. Les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un homme envers un autre. Si la société ne connaissait plus la contrainte le règlement des actions humaines cesserait d'être du droit. »

(3) *Loc. cit.*, page 243 ; Kelsen répondant aux dualistes qui distinguent l'Etat et le droit poursuit son raisonnement en ces termes : « ...le dualisme de l'Etat et du Droit n'est qu'un des nombreux exemples de dédoublement de l'objet de la connaissance ; dont est remplie l'histoire de l'esprit humain... L'exemple le plus frappant dans l'histoire de l'esprit humain nous en est donné par le problème du rapport entre Dieu et le monde (la nature). Il a fallu une peine infinie pour convaincre l'homme que Dieu n'est que la personnification de la nature, conçue comme un système de lois. Ce problème du rapport entre Dieu et le monde ressemble dans tous les traits essentiels, au problème du rapport entre l'Etat et le Droit ». On voit bien que Kelsen est pantheïste. Ce caractère a été remarqué par Le Fur (*loc. cit.*, page 34), qui a en outre montré le rapprochement qui existe entre Kant et Kelsen.

Etudiant les éléments de l'Etat, Kelsen s'arrête sur la puissance publique et dit que l'effet de cette puissance est non pas de soumettre les individus à d'autres individus, mais de les soumettre à des normes qui les obligent. Les normes de l'ordre étatique obligent à la fois les individus qui sont chargés de les faire respecter.

La souveraineté de l'Etat exprime que « l'Etat est l'ordre suprême, supérieur à tout autre, dont la validité ne se déduit d'aucune norme supérieure ». Il ne faut pas dire que l'Etat est « la force suprême ». Cette expression n'a pas de sens. L'Etat est « l'ordre normatif suprême ». Cette affirmation n'a pas pour fondement un « jugement de réalité » mais un « jugement de valeur ». « Le problème, dit Kelsen, n'est pas un problème d'observation, mais d'interprétation de certains faits; et bien des interprétations sont possibles, selon qu'on parte de l'hypothèse que l'Etat est un ordre suprême, c'est-à-dire souverain, ou qu'on admet au contraire la suprématie d'un ordre supérieur à l'Etat, du droit international » (1).

Le problème se ramène ainsi à une question de pur choix hypothétique. Dans la théorie générale de l'Etat, on est libre d'admettre telle ou telle hypothèse; en tout cas le fondement dernier de la doctrine kelsenienne repose sur une hypothèse. C'est le point le plus délicat de cette théorie. Car Kelsen croit démontrer la nécessité de l'unité de l'ordre juridique par ce *grundnorm*. Une fois qu'on admet la souveraineté de l'ordre étatique, il est inutile d'aller chercher la validité de cet ordre dans un autre ordre normatif, tel que la morale, ou tout système éthico-politique. La validité repose sur l'hypothèse première. Cette norme hypothétique ne fait pas elle-même partie du système du droit positif.

(1) *Loc. cit.*, p. 255.

Elle lui sert de fondement premier. Elle est supposée. « J'appelle, conclut Kelsen, cette norme fondamentale, hypothèse nécessaire à la science du droit, pour comprendre comment la matière juridique, les données qu'elle doit interpréter, comme des actes juridiques font partie d'un seul et même système, le droit » (1).

Cette norme fondamentale est la source de toutes les règles de l'ordre étatique. Il y a une hiérarchie entre les normes. Selon Kelsen, toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure et d'autre part, détermine à son tour comment sera établie une norme inférieure (2). A la tête des actes juridiques se place la norme constitutionnelle (la constitution hypothétique) qui donne naissance à la constitution positive. Sur la marche suivante des normes se trouve la loi et le règlement, puis viennent les actes administratifs, le jugement (les normes individuelles). Ces dernières normes sont appliquées ou exécutées par des actes de contrainte, « dernier stade de tout le procès ». Les actes de contrainte ne sont pas des normes, ils sont de purs faits. La norme fondamentale était une norme pure, sans aucune part de faits : « Entre ces deux limites ce meut le procès aux étapes successives de la création du droit » (3).

Du commencement jusqu'à la fin dans l'ordre juridique, il n'y a que délégation de pouvoir. La constitution délègue au corps législatif le pouvoir de faire des lois; les lois accordent à l'administration la faculté d'accomplir tel ou tel acte, et ainsi de suite. Tout ce système se repose en dernier lieu sur la norme première. Nous venons de voir que

(1) *Loc. cit.*, 256.

(2) *Loc. cit.*, 257.

(3) *Loc. cit.*, 259.

cette norme est une pure hypothèse. On est libre de supposer la supériorité de la règle fondamentale interne ou de la règle fondamentale internationale. Mais les partisans de la théorie dualiste, notamment Triepel, disent qu'il y a deux systèmes de droit bien distincts l'un de l'autre. Pour Kelsen, l'existence de deux ordres normatifs indépendants est impossible, et cela pour plusieurs causes. Tout d'abord la souveraineté de l'Etat constitue un obstacle. Les dualistes qui donnent libre cours à la volonté admettent que l'Etat est souverain. Mais on ne peut pas admettre un ordre juridique en dehors de l'Etat sans sacrifier la souveraineté. La doctrine qui dit qu'il y a une souveraineté intérieure et une souveraineté extérieure est inadmissible. D'après cette théorie, les Etats étant égaux et indépendants, leurs relations ne sont plus réglées par des rapports de subordination, mais de coordination. Par cela même, on affirme qu'il existe un ordre, supérieur à l'ordre étatique, qui règle ces rapports de coordination. Dans ce cas, la souveraineté de l'Etat s'évanouit. On ne peut pas être souverain à l'égard de ses inférieurs et indépendant à l'égard de ses égaux. La souveraineté est une notion absolue. Quand on est souverain on l'est toujours, dans tous les cas. Pour Kelsen « extérieur et intérieur ne sont donc que des degrés juridiques différents, différents étages d'un seul et même système juridique qui comprend à la fois le droit international et les divers ordres étatiques » (1).

D'autre part pour que l'ordre interne et l'ordre international soient différents, il faut qu'ils reposent sur deux normes fondamentales différentes l'une de l'autre et irréductibles l'une à l'autre (2). Or, une pareille situation n'existe

(1) *Loc. cit.*, page 261.

(2) *Loc. cit.*, page 264.

pas. Si deux systèmes différents existaient, dans le cas de contrariété entre les normes de ces deux systèmes, le problème aurait été insoluble. On ne peut pas admettre la validité simultanée de deux systèmes de normes différentes.

On dit que le droit international est un système de coordination mais, s'exclame Kelsen, « coordonner deux systèmes de normes c'est les subordonner à un troisième ordre, à un ordre supérieur qui en délimite le domaine » (1).

Et enfin, si on acceptait la construction dualiste, les conséquences seraient fâcheuses : a) négation de la nature juridique du droit international; b) négation du caractère juridique des Etats étrangers; c) impossibilité de la délimitation du domaine juridique des Etats.

Donc pour arriver à une construction logique du système juridique, il faut, selon Kelsen, se rattacher à la construction moniste. C'est d'ailleurs, d'après notre auteur, « en démontrant qu'il ne pouvait exister à côté du droit positif un autre système de règles valables, découlant d'une source différente, c'est-à-dire l'inadmissibilité d'un dualisme normatif, que le positivisme juridique a triomphé à l'époque moderne, de la théorie du droit naturel » (2). Ce fut-il vraiment le cas ? Nous allons le voir maintenant. En effet dans la théorie de Kelsen les points faibles sont plus nombreux qu'on pourrait le penser.

Ici une autre question, non moins importante que les précédentes, se pose : quelle est la norme fondamentale, la source première d'où découlent toutes les règles juridiques, qui se trouve à la base de ce système pyramidal ? La norme constitutionnelle ou la norme internationale ?

(1) *Loc. cit.*, page 270.

(2) *Loc. cit.*, page 289.

Le choix qui s'impose n'est pas, selon Kelsen, de nature juridique (1). Puisque la norme première est totalement hypothétique, chacun pourra proposer l'une ou l'autre. Cependant, Kelsen est de cet avis que, reconnaître la primauté de l'ordre interne serait nier le droit international. Dans ce cas, l'Etat s'engagera par la reconnaissance qui dépend de sa *volonté subjective*. Admettre la primauté de l'ordre interne équivaut à accepter la souveraineté absolue de l'Etat (2). Et « si l'Etat est souverain et seul souverain, il ne connaît pas de limites juridiques objectives, ni quant à son territoire, ni quant à ses attributions » (3).

Aujourd'hui, c'est un fait constaté par tout le monde qu'il existe une communauté internationale. Dans cette communauté les Etats sont juridiquement égaux, c'est un fait que personne ne peut contester. Avec la doctrine des partisans d'un droit étatique externe, « il est inconcevable que cet état de choses continue à exister. Pour que cette société d'Etats égaux dure une hypothèse juridique s'impose. Il faut admettre comme hypothèse fondamentale l'existence au dessus de ces communautés étatiques, de ces Etats, d'un ordre juridique qui délimite leurs domaines respectifs de validité... qui ne reconnaisse à nul d'entre eux une supériorité de droit quelconque et qui, — ordre universel — mettant fin à leur état d'isolement, et par suite à leur souveraineté, les groupe en un tout, en une société juridique » (4).

Voilà l'hypothèse de Kelsen. Celle-ci exclut toute idée subjective : elle est éminemment objective, indépendante et

(1) *Loc. cit.*, page 313.

(2) Kelsen condamne ainsi la théorie de l'auto-limitation.

(3) *Loc. cit.*, page 324.

(4) *Loc. cit.*, page 299.

supérieure aux volontés des Etats. C'est cette objectivité qui donne le caractère de droit au droit international (1). Car, dit Kelsen, validité et validité objective, c'est tout un (2).

Cet ordre supérieur à l'ordre étatique ne permet pas à l'heure actuelle de considérer la communauté internationale comme un super-Etat. On n'en est pas encore arrivé à ce stade. Mais entre l'Etat proprement dit et la communauté internationale, il n'y a pas une différence de nature. Une évolution vers la *civitas maxima* existe (3). Le progrès dans ce sens dépendra à l'avenir de l'idée que se feront les Etats de leur souveraineté. Le jour où on pourra éliminer « le dogme de la souveraineté de l'Etat », on arrivera à connaître l'existence d'un ordre universel supérieur aux Etats. Pour Kelsen, c'est cette organisation du monde en un Etat universel qui doit être le but ultime, « encore lointain d'ailleurs de tout effort politique » (4).

Nous avons essayé de donner un exposé fidèle de la doctrine de Kelsen. Que faut-il penser devant cette théorie ? Notre point de vue est que le système élaboré par le maître de l'école de Vienne est très séduisant. La représentation du droit dans une hiérarchie de normes est, au point de vue de la technique juridique, une idée logique et acceptable.

D'autre part sa méfiance devant la conception de la souveraineté étatique de la doctrine classique constitue un des points le plus réaliste et objectif de son système. Le

(1) Voir Benjamin Akzin : *L'Ecole Autrichienne et le fondement du droit des gens*. Revue de Droit International, 1927, page 342.

(2) *Loc. cit.*, page 301.

(3) *Loc. cit.*, page 319.

(4) *Loc. cit.*, page 326.

but final qu'il veut atteindre est noble. La communauté internationale étant considérée comme supérieure aux Etats, l'idée du droit du plus fort se trouve ainsi être écartée. Mais le chemin choisi pour arriver à ce résultat n'est pas bon. La défectuosité de tout le système de Kelsen découle de son fondement même. Au sommet de la pyramide des normes il place un principe hypothétique, c'est-à-dire il commence à construire sur une pure fiction. M. Le Fur disait, à juste titre, qu'on ne pourrait pas admettre que tout le droit soit suspendu à une fiction (1). En effet, tout le monde ne croira pas à cette fiction. Surtout pour un positiviste comme M. Kelsen, se contenter d'une hypothèse non démontrable est une chose inconcevable. Il dit que le droit repose sur la règle *Pacta sunt Servanda* qui est d'origine coutumière. Mais cette règle n'explique rien. Pourquoi l'Etat serait-il tenu de respecter la parole donnée ? Kelsen ne pouvant trouver une réponse convaincante, nous propose d'accepter cette règle comme une hypothèse, une fiction, voire un postulat.

La règle *Pacta sunt servanda* peut être expliquée. Mais pour cela il faut dépasser la pure observation des faits et recourir à un vrai jugement de valeur. Il faut dire que la parole donnée doit être respectée parce que la justice l'ordonne. Accepter l'idée de justice comme fondement premier du droit, c'est adopter la doctrine de l'Ecole du droit naturel. Kelsen ne va pas jusque là. Mais les plus illustres de ses disciples franchissent délibérément cette étape et acceptent le droit naturel comme la base du système normatif. Notamment M. Verdross parmi de nombreux reproches qu'il adresse à l'école positiviste insiste sur le carac-

(1) Le Fur : *Droit International de la Paix*, Cours de La Haye 1935, tome 54, page 40.

tière dogmatique que prend cette tendance (1). La règle *Pacta Sunt Servanda* a, d'après Verdross, deux caractères. D'une part elle est une norme du droit positif parce qu'elle est observée par tous les Etats. Mais d'autre part, elle est également une règle « éthique ». Dans ces conditions, le droit positif, dit Verdross, est une valeur relative, qui change avec le développement de la civilisation, mais tout de même, « il est fondé sur la valeur absolue de l'idée de la justice, comme toute valeur relative n'est valeur qu'en relation avec une valeur absolue » (2).

En acceptant ainsi une idée de justice absolue, Verdross se sépare définitivement de son maître. Car Kelsen est complètement relativiste, il nie l'existence d'une idée de justice objective et absolue. Comme le remarque Verdross, Kelsen confond le sentiment de justice qui est subjectif avec la justice elle-même qui est objective.

Pour conclure, nous dirons que le système de Kelsen, qui se rapproche sur plus d'un point de celui de Duguit, fait reposer le droit sur une règle hypothétique « qui supporte tout, sans s'appuyer sur rien » (3).

(1) Verdross : *Règles Générales du droit international de la paix*, Cours de La Haye 1929, tome 30, page 277.

(2) Verdross : *Le Fondement du droit international*, Cours de La Haye 1927, tome 16, page 286.

(3) P. Cuhe : *Pour une meilleure terminologie*, archives 1931, Nos 1-2, page 196.

CHAPITRE V

L'ECOLE LATINO-AMERICAINE

Au cours du XIX^e siècle, et surtout au XX^e siècle, les latino-américains contribuèrent au développement de la philosophie du droit international. Bien qu'ils soient issus des peuples de l'Europe, ils ne tardèrent pas d'apporter de nouveaux éléments à la science juridique.

Dans le domaine des relations internationales, ils ont dépassé les nations du vieux monde. Sauf quelques cas bien limités un état de paix rétabli dans la justice règne dans cette partie du monde. Le publiciste bien connu, M. le professeur Alejandro Alvarez trouve l'origine de cet esprit proprement américain, dans la fraternité qui date des guerres d'indépendance. A cette époque héroïque, on a vu en effet, les généraux d'un pays courir au secours de leurs voisins. Les anciennes colonies espagnoles, grâce à ces aides mutuelles et des luttes remplies de bravoure, conquièrent leur indépendance. Dès lors les Etats de l'Amérique latine prirent place comme un nouveau facteur de progrès parmi les autres nations. Tandis que les Européens n'arrivent jamais à s'entendre et à travailler en paix et que les haines insurmontables les divisent, les pays du nouveau monde évoluent rapidement vers la réalisation de l'idéal des siècles passés, à savoir la *civitas maxima*.

En abordant l'étude des doctrines juridiques des auteurs latino-américains, il ne faut jamais perdre de vue cette

réalité historique. En Europe, nous assistons à une évolution dirigée vers la division. L'Amérique au contraire aspire à l'unité. Elle ne connaît pas les idées racistes qui refusent l'égalité des peuples. Le droit international américain se base sur la fraternité et sur l'égalité juridique des nations.

La part qui revient aux juristes, dans ce travail incessant qui amena le Nouveau Monde à ce résultat, est très grande. Les publicistes des pays latino-américains ont joué le rôle de bienfaiteurs et d'éclaireurs qui incombe à tout homme d'élite. De ce point de vue, il serait vain de chercher dans la doctrine latino-américaine des théories se rapprochant à celles des volontaristes de l'Europe. Il faut cependant remarquer que les auteurs du nouveau monde latin n'adoptent pas clairement l'idée du droit naturel. Ils se placent plutôt entre le positivisme juridique et le droit rationnel et objectif. Ils ont une manière de voir, une conception originale devant le problème de droit international. C'est pourquoi nous avons cru utile d'examiner ici quelques-unes des théories formulées par ces juristes.

Parmi ces auteurs, nous retiendront les noms de trois juristes de renommées mondiales : Charles Calvo, De Bustamante y Sirven et Alejandro Alvarez. Tous les trois ont exercé et exercent encore une très grande influence sur la pensée américaine et sur l'évolution universelle du droit international.

I

Charles Calvo

Dans son livre intitulé « Le droit international théorique et pratique » (1), Calvo nous trace les lignes générales de

(1) Paris 1870, 2^e édition, 4 volumes.

sa conception concernant le droit des gens. D'après lui, les rapports entre les Etats peuvent être modifiés par « l'idée générale de justice ». Celle-ci influera les relations internationales dans le sens du bien et du « profit commun » des nations. De cette première constatation, il ressort nettement que notre auteur reconnaît l'existence d'une idée générale de justice. Il n'est donc pas relativiste. Le second point important se porte sur la distinction de Droit et de Loi. Calvo dit que ces deux notions ne sont pas identiques. Tandis que toutes les nations des plus primitives aux plus civilisées, possèdent un droit, la loi internationale n'existe que pour les Etats civilisés. Même pour ces derniers cette loi n'a pas une portée universelle. Calvo dit à ce sujet que : « si comme l'affirme Montesquieu, il y a des principes de droit universellement applicables dans leur sens absolu, par contre il n'existe point de loi universelle des nations, pas même chez les peuples qui sont à la tête de la civilisation » (1).

Répondant aux négateurs du droit international, il déclare que les lois internationales existent, mais elles sont d'une autre nature que les lois internes. Mais cette différence n'enfreint nullement le caractère obligatoire des lois internationales. « Quelle nation, demande-t-il, en effet, oserait dans ses relations extérieures, violer les principes de droit reconnu et respecté par les autres peuples. ou méconnaître les obligations qui en découlent ? (2) Calvo reconnaît donc l'existence des principes généraux communs aux peuples qui se sont élevés à un certain degré de civilisation. Il accepte la conception d'après laquelle il

(1) *Loc. cit.*, tome 1, page 105.

(2) *Loc. cit.*, tome 1, page 106.

existe un droit des gens dérivant « logiquement et nécessairement de la nature même des choses » (1).

De cette idée très juste, Calvo ne tire pas toutes les conséquences possibles. Il se déclare attaché « de préférence aux principes définis par les traités, aux règles qui se déduisent naturellement et logiquement des conventions particulières ou des divers cas résolus dans la pratique, enfin à la jurisprudence consacrée » (2).

Pour conclure, nous dirons que Calvo suit une méthode eclectique et veut rapprocher les deux conceptions : droit naturel et positivisme.

II

De Bustamante

M. De Bustamante y Sirven contribua par ses nombreux travaux au développement de notre science. Son Droit international Public (3) est un monument juridique très documenté.

Lorsqu'il étudie la question de fondement du droit international, M. de Bustamante refuse de voir celui-ci dans le droit naturel. Parce que, selon lui, ce droit « manque de réalité objective » (4). Il ne croit non plus au bien fondé des théories volontaristes. Les examinant une à une il trouve que toutes ces doctrines sont incapables de donner un fondement scientifique au droit international. Il refuse d'accepter la division classique droit naturel-droit positif. Il en propose une autre : les doctrines se basant sur les faits ; les doctrines qui préfèrent une base théorique ou purement rationnelle.

(1) *Loc. cit.*, tome 1, page 107.

(2) *Loc. cit.*, page 104.

(3) *Sirey* 1934, 4 volumes, traduction : Paul Goulé.

(4) *Loc. cit.*, tome 1, page 54.

Bien qu'il ne l'affirme pas expressément et même combat la plupart des doctrines qui ont pour fondement les faits, il adopte la même méthode dans l'exposé de sa propre conception. Il tire des conclusions de l'observation des faits historiques. Quand les nations vivaient, dit-il, dans un état de lutte, « toute idée de droit international a été impossible » (1).

Par suite de développements de la civilisation, il se constitua des foyers nationaux distincts. Arrivé à ce point, « l'identité de race, de religion ou de culture, ou les nécessités réciproques du commerce mutuel » facilita l'établissement des règles fixes et acceptables pour tous. De sphère restreinte des relations internes au sein d'une nation, on passa aux rapports des Etats. On créa des liens juridiques entre les Etats « pour que chacun remplisse entièrement ses fins et atteignent la plénitude de sa vie extérieure avec le consentement général ».

De l'observation de ces faits, M. De Bustamante tire cette conclusion : « Ce droit (le droit international), repose et doit reposer forcément sur la communauté juridique des personnes internationales, mais à condition que la communauté juridique soit organisée et maintenue, non comme la destructrice, mais comme la garantie des droits et des obligations réciproques et égaux de tous les éléments qui la composent et de chacun d'eux » (2).

Avouons tout de suite que cette déclaration ne nous donne pas l'impression d'être un fondement solide pour le droit international. Il est vrai qu'aujourd'hui l'existence d'une communauté internationale est chose certaine et n'a besoin d'aucune démonstration. Mais pour assigner à celle-

(1) *Loc. cit.*, tome 1^{er}, page 55.

(2) *Loc. cit.*, tome 1, page 56.

ci le devoir de respecter et de garantir les droits de chacun de ses membres, il faut avoir un critère capable de définir et de préciser les droits et les obligations des Etats. M. De Bustamante refuse l'idée du droit naturel, mais ne nous donne aucun autre critère. Il affirme seulement que « chaque Etat doit reconnaître aux autres, à l'intérieur de la communauté, les mêmes droits et les mêmes facultés que ceux dont il jouit » (1). Il est intéressant de remarquer ici le rapprochement qu'il existe entre cette idée de M. de Bustamante et les publicistes des XVII^e et XVIII^e siècles qui par l'idée de contrat aboutissaient à la limitation réciproque de la première loi naturelle, à savoir la liberté complète de tous envers tous.

Dans un autre passage, se référant de nouveau aux faits, notre auteur déclare que « toute société qui sort de ses formes rudimentaires et commence à prendre conscience d'elle-même, se rend compte qu'il y a pour elle et à l'égard des éléments qui la forment, une série de devoirs et une série de droits » (2).

C'est toujours le même défaut dans le système de M. de Bustamante : manque de critérium. Par quel moyen arrivera-t-on à discerner ce qui est le devoir de ce qui ne l'est pas ? Comment savoir à discerner parmi les faits ceux qui constituent un droit de ceux qui sont des violations de ce droit ?

Nous croyons que la réponse n'est pas donnée par l'éminent auteur, à cette question redoutable pour ceux qui se fient trop aux faits.

(1) *Loc. cit.*, tome 1, page 444.

(2) *Loc. cit.*, page 449.

III

A. Alvarez

Parmi les publicistes jurisconsultes de l'Amérique latine, M. Alejandro Alvarez occupe la place la plus importante; il travaille inlassablement et avec succès depuis de longues années, à propager ses idées. On peut dès maintenant affirmer qu'elles exercent déjà une heureuse influence sur le développement du droit international.

M. Alvarez est un auteur qui a contribué au développement de notre science en y apportant des éléments nouveaux.

En effet, la doctrine, ou plutôt les doctrines d'Alvarez portent sur l'ensemble du Droit International. Elles ne peuvent être classées dans aucune des catégories des doctrines qui existent sur ce Droit parce qu'elles sont les résultats de méthodes d'étude tout autres que celles suivies par les auteurs desdites doctrines.

La plupart des auteurs partent d'un ou de plusieurs postulats a priori qu'ils développent, à l'aide de la logique, du raisonnement, de la déduction, sans trop se soucier si leurs doctrines correspondent vraiment à la réalité de la vie internationale. Il y en a d'autres qui s'attachent exclusivement aux faits sociaux sans tenir compte des autres éléments de la vie.

Alvarez procède autrement. Il a établi une nouvelle méthode d'étude de cette vie, de caractère éminemment réaliste; et c'est à l'aide de cette méthode d'observation qu'il a émis ses doctrines; lesquelles correspondent, de la sorte, aux réalités de la vie internationale.

En conséquence, ce n'est pas d'après les doctrines des auteurs ci-dessus qu'il convient d'apprécier celles d'Alva-

rez, ni de les classer parmi les unes ou les autres, mais au contraire c'est d'après la méthode de M. Alvarez qu'il faut apprécier la valeur des doctrines qui ne prennent en vue qu'une seule phase de la vie.

La nouvelle méthode d'étude établie par Alvarez ne l'a pas été immédiatement et d'une manière arbitraire; elle l'a été à la suite de différents travaux qu'il a entrepris depuis longtemps sur la vie internationale. Ce n'est donc pas une méthode *à priori*, mais une méthode *à postériori*.

Cette méthode consiste dans l'observation de cette vie, mais élargie en *étendue* et en *profondeur*.

En *étendue*, car elle porte non seulement sur la vie internationale européenne, comme on l'a fait ordinairement jusqu'aujourd'hui, mais aussi sur celle des autres continents, notamment de l'Amérique qui présente bien des particularités. En *profondeur*, car elle s'attache spécialement à l'étude des facteurs qui exercent une grande influence sur la vie internationale et qui jusqu'ici ont été presque entièrement négligés. Parmi ces facteurs, il faut surtout considérer ceux d'ordre psychologique. Par cette expression, M. Alvarez entend tout ce qu'il y a d'immatériel dans la vie des peuples, sentiments, passions, états d'esprit, doctrines, idéaux, etc. Ces facteurs psychologiques sont, ainsi, les *impondérables* et les *forces morales*.

Cette méthode d'étude, ces doctrines, M. Alvarez les a exposées dans divers travaux, ainsi que dans des cours qu'il a professés à l'« Institut des Hautes Etudes Internationales ». La nouvelle méthode d'étude a été spécialement considérée dans le « Congrès d'Etudes Internationales » qui s'est tenu à Paris en Octobre 1937. Les membres de ce Congrès ont été d'accord pour admettre qu'étant donné l'importance de ladite méthode, elle a donné naissance à une nouvelle « Ecole » dans le Droit des Gens (Ecole réaliste

et psychologique »). Selon M. Alvarez, par son ampleur, celle-ci embrasse et refond, dans la mesure du possible, les autres « Ecoles » du Droit des Gens (1). Depuis lors, bien des personnes, parmi lesquelles des professeurs de diverses universités, s'y sont ralliés en raison de son caractère scientifique et réaliste à la fois.

C'est d'après cette nouvelle méthode d'étude qu'il faut apprécier les doctrines de M. Alvarez sur le Droit des Gens et que nous allons exposer brièvement.

Depuis 30 ans, M. Alvarez s'est consacré à l'étude de la vie internationale américaine. Il s'est attaché à montrer ses particularités au point de vue juridique, dont l'ensemble constitue ce qu'il appelle le *Droit International américain*.

L'existence de ce Droit, vivement combattue au moment où elle a été affirmée par M. Alvarez est aujourd'hui généralement acceptée. Ce Droit met un terme au postulat suivi par les auteurs de l'universalisme de *tous* les principes du Droit des Gens. Les principes universels existent; ils constituent le fondement du droit international. Sur les autres points, dans le détail, le particularisme est nécessaire.

Un internationaliste éminent, M. Karl Strupp, n'hésite pas à qualifier M. Alvarez « le père scientifique du Droit International américain » (2).

Un autre jurisconsulte éminent, M. Yepes, à son tour, l'a appelé « le créateur du Droit International américain » (3).

(1) Voir Alvarez : *Le continent Américain et la codification du droit international. Une nouvelle Ecole du Droit des Gens*, Paris 1938.

(2) Voir *Eléments de Droit International public, universel, européen et américain*, 2^e édition (Paris 1930), tome 1^{er}, p. 32, note 1.

(3) Voir Alvarez, créateur du Droit International américain, travail présenté au 1^{er} Congrès d'Etudes Internationales, dans *Premier Congrès d'Etudes Internationales*. (Paris 1938), p. 267-292 et tirage à part.

En dehors de ce côté juridique, Alvarez a étudié les autres aspects de la vie internationale américaine, notamment ce qui concerne les liens que les Etats du Nouveau Monde ont créés entre eux dans les principaux ordres de l'activité, c'est-à-dire le *Panaméricanisme*. Il est considéré comme le précurseur de ces sortes d'études (1).

Par tous ces travaux, M. Alvarez a donné naissance à ce qu'on appelle l' « Ecole panaméricaine » du Droit des Gens, laquelle s'harmonise avec la nouvelle « Ecole » dont nous venons de parler.

Depuis la Grande Guerre surtout, M. Alvarez a élargi sa thèse en affirmant l'existence du *continentalisme* et du *régionalisme* dans la vie internationale, notamment dans l'organisation de celle-ci. Cette thèse heurta ainsi l'universalisme outrancier établi notamment dans le Pacte de la S.D.N. Elle a fait cependant, son chemin et aujourd'hui, elle est, aussi, généralement acceptée (2).

M. Alvarez soutient également la thèse d'après laquelle l'organisation du monde par région serait meilleure que l'organisation universelle et unitaire. Il dit que chaque groupe de pays a ses particularités propres à lui. Pour arriver à un résultat stable et sain, il faut prendre en considération ces données réelles de la vie. C'est ici qu'intervient avec vigueur l'influence des facteurs psychologiques, politiques et économiques. La première application du régionalisme s'effectue dans le nouveau monde. Voilà pour l'étude internationale en *étendue*.

Pour ce qui concerne l'étude de la vie internationale en *profondeur*, notamment au point de vue psychologique, la doctrine de M. Alvarez a fait aussi son chemin.

(1) Voir Pépin : *Le Panaméricanisme*, Paris 1938, page 12.

(2) Voir Alvarez, *loc. cit.*, chap. VI.

Le point de départ de cette doctrine est qu'étant donné qu'il n'existe pas d'autorité supérieure dans la communauté des Etats et ceux-ci ne dépendant pas les uns des autres, ce sont des facteurs psychologiques qui les guident dans leurs rapports réciproques; ceux-ci donnent naissance au Droit des Gens et à la Politique des Etats.

Pour ce qui concerne le Droit International, M. Alvarez soutient que son origine ne correspond à aucune des doctrines émises par les juristes jusqu'aujourd'hui. D'après lui, ce Droit n'existe en réalité, comme tel, que depuis que les Etats ont eu la conviction, la conscience que leurs rapports réciproques devaient être assujettis à des règles juridiques.

Non seulement l'origine de ce Droit, mais aussi bien de ses données fondamentales et de ses grands principes émanent de la conscience des peuples (1).

Sur cette conscience, M. Alvarez a une conception qui se distingue essentiellement des autres sur le même sujet, notamment de celle de l'*Ecole historique*. Pour lui, la conscience est la *conviction* enracinée dans une *élite* plus ou moins nombreuse du peuple, rarement dans l'ensemble de celui-ci, sur des faits qui concernent la vie du pays, par exemple son indépendance, sa liberté (Conscience nationale) ou sur les normes de conduite qui doivent guider les Etats dans leurs rapports réciproques (Conscience internationale).

La conscience ainsi définie est l'opposé de la *Démocratie internationale*, du nombre, ainsi que de l'*esprit du peuple* dont parle l'*Ecole historique*.

(1) Voir Alvarez, ap. cit., chap. IV.

Dans les siècles précédents, cette conscience n'existait presque pas; elle ne se manifestait que dans des matières très fondamentales. Elle est vraiment née et s'est développée seulement à partir du milieu du XIX^e siècle.

Parfois, la conscience est, en quelque sorte *latente*; elle existe dans toute la population du pays et, par suite, est présumée par exemple en ce qui concerne le sentiment d'indépendance.

Il en est de même de certains principes, tels le respect de la parole donnée; ils sont présumés partout, sans que soit nécessaire une déclaration formelle des Etats; ceux-ci du reste, ne pourraient même pas les abroger.

Mais bien d'autres principes du Droit International ne sont ancrés que dans la conscience d'une élite et le reste du peuple reste indifférent. Malgré cela, on peut parler d'une conscience des peuples.

Parfois, les principes sont énoncés par un penseur mais ils séduisent ensuite une élite du peuple et ils deviennent des principes du Droit des Gens, tels la souveraineté, etc.

Cette élite va en augmentant au fur et à mesure des progrès de la civilisation. Elle était infime autrefois; elle s'est développée surtout au cours du siècle dernier avec l'apparition de l'élément ouvrier et la jeunesse universitaire.

Dans bien des cas, de caractère un peu technique, la conscience des peuples se manifeste ou est interprétée par certains organes autorisés, notamment dans des résolutions de parlements, d'associations scientifiques, dans des sentences de tribunaux internationaux, etc. Ces organes font souvent une interprétation si juste des sentiments des peuples qu'elle est acceptée par ceux-ci, c'est-à-dire par l'élite de ceux-ci.

Selon M. Alvarez, ce à quoi il faut tendre à l'avenir, c'est à développer le sentiment juridique des peuples afin que

le plus grand nombre de personnes participent à cette conscience. Pour cela, il faut instruire ces peuples dès leur jeunesse en ce qui concerne ce sentiment. C'est ce qu'a voulu faire M. Alvarez dans son « *Projet de déclaration des grands principes du Droit International moderne* », dont il sera parlé plus loin.

D'autre part, dans la conception de M. Alvarez, la conscience des peuples, telle qu'elle vient d'être sommairement définie, se distingue d'un autre facteur psychologique avec lequel on la confond souvent : l'*Opinion publique*. Celle-ci n'est pas un sentiment mais seulement une appréciation des événements. Elle peut donc changer facilement et certains éléments politiques, ainsi que la Presse, peuvent exercer une grande influence sur elle.

La conception précédente de la conscience fondée sur l'observation rigoureuse de la vie internationale, montre la fausseté de la doctrine *volontariste*, d'après laquelle tous les principes du Droit des Gens dérivent de la volonté des Etats. Les préceptes les plus importants n'ont pas besoin d'être reconnus par les Etats; ils sont présumés partout et sont constamment appliqués sans que cette reconnaissance ait eu lieu, enfin, ils ne peuvent pas être abrogés par les Etats. Sur ce point, M. Alvarez est très catégorique : « Si dans le Droit Privé et dans le Droit Constitutionnel de chaque pays bien des principes doivent toujours être respectés par les individus, à plus forte raison, il doit en être de même dans le Droit de Gens. L'ordre juridique international qu'on s'efforce de mettre en avant aujourd'hui n'existerait pas ou serait affaibli si les principes destinés à le maintenir pouvaient être écartés par la volonté des Etats » (1).

(1) *Exposé de motifs de déclaration des grands principes du Droit International moderne*, 2^e édition, pages 24-25. Voir aussi l'art. 5 de cette déclaration.

Certes, bien des principes du Droit des Gens ont une origine seulement conventionnelle, c'est-à-dire que les Etats ont participé à leur établissement; mais il n'y a pas beaucoup de conventions qui aient un caractère universel. Et pour ce qui concerne les principes dérivant de la coutume, ils ont, d'après M. Alvarez, un fondement, une origine doctrinaires et c'est la doctrine qui a donné naissance à la coutume.

M. Alvarez soutient enfin, que les grands principes doivent avoir un caractère universel, c'est-à-dire être appliqués partout, sans distinction de continents et de région, à l'inverse d'autres principes qui peuvent avoir un caractère continental, notamment américain (1).

Cette affirmation de M. Alvarez est très significative. C'est un point qui nous révèle le réalisme du savant jurisconsulte. Bien qu'il donne leurs parts aux faits, il n'oublie pas que ceux-ci ne sont pas seulement matériels, mais aussi spirituels. En constatant l'existence des principes applicables à tous, M. Alvarez dépasse le relativisme des formalistes.

Une autre idée fondamentale du système de M. Alvarez est celle de la *reconstruction* du Droit International.

Les grandes transformations survenues dans la vie internationale depuis le milieu du XIX^e siècle et surtout depuis la Grande Guerre, dit M. Alvarez, ont produit le discrédit de ce Droit parce qu'il ne correspond plus aux nouvelles conditions de cette vie. Pour lui rendre son prestige, il faut procéder à sa reconstruction. D'après M. Alvarez, il faut entendre par cette expression un examen critique des données essentielles et des grands principes de ce droit pour les mettre en harmonie avec ces nouvelles conditions.

(1) *Loc. cit.*, p. 23-24.

Dans ce but, M. Alvarez a élaboré un « *Projet de Déclaration des grands principes du Droit International moderne* », qui a été accepté par la plupart des Associations juridiques internationales et qui se révèle comme un travail de synthèse tachant de rassembler les principes communs à l'ensemble des nations civilisées du monde entier.

Le statut de la C.P.J.I. a porté avec son article 38 un coup dur au positivisme juridique. En déclarant que la Cour appliquerait, outre les traités et la coutume, les principes généraux de droit, le Comité des juristes reconnaissait que la volonté n'était pas la seule source du droit. Depuis lors, on a même soutenu qu'en cas de contradiction entre les principes généraux et les traités, ces derniers ne devraient pas être appliqués.

On avait invoqué les principes généraux, mais on ne les avait pas énumérés. C'était une lacune qu'il fallait combler. La « *Déclaration* » de M. Alvarez essaie d'y remédier.

Les grandes lignes de la théorie de M. Alvarez se trouvent être résumées dans les pages qui précèdent. Etudions maintenant de plus près dans ces détails les préceptes que contient la déclaration.

Dans son article premier, ce document constate l'existence d'une communauté internationale vivant dans un état d'interdépendance. On a en effet reconnu depuis Aristote que l'homme est un être social. Le plus grand bien du genre humain est de vivre en société. Pour cette vie en commun, une harmonie dans le but et dans les intentions est nécessaire. On ne peut arriver à ce résultat que par la justice. Le rétablissement de la paix sociale ne suffit pas. La paix sans la justice ne vaut rien. Parmi les sens spirituels de l'homme, le sentiment de justice est l'un des

plus forts. Ce sentiment change-t-il d'homme à homme ou de peuple à peuple ? Nous ne le croyons pas. Pour nous, il n'y a qu'une idée de justice commune à tout le genre humain. La science sociale vient de démontrer que des sociétés plus primitives aux nations plus civilisées les considérations de justice ne changent pas (1).

M. Alvarez ne semble pas adopter l'idée de justice absolue. Il s'élève contre le droit des gens traditionnel qui est, selon lui, « un droit strictement juridique, rigide et imprégné de justice absolue et de logique » (2). Le système qu'il veut construire sera un système de droit social basé sur la justice internationale qui a une signification spéciale :

« Article 8. — Les préceptes de la justice internationale sont ceux que la conscience juridique des peuples considère comme devant régir actuellement les relations entre les membres de la communauté internationale... Cette conscience se manifeste dans les résolutions des Instituts voués à l'étude du Droit des gens, et dans la doctrine concordante des jurisconsultes de compétence reconnue ».

Ici nous élèverons une objection : la conscience juridique des peuples ne peut être que le moyen, peut-être l'un des plus sûrs, pour constater les exigences de la nature raisonnable de l'homme. La conscience ne crée pas, elle constate. Le vrai, le beau, le juste existent, comme le dit le professeur Le Fur, dans tous les temps et dans tous les lieux. Le sentiment que nous éprouvons devant la Vénus de Milo est une preuve éclatante que notre conception de

(1) Le Fur : *Les grands problèmes du droit*, page 33.

(2) *Exposé de motifs...*, page 25.

beauté ne diffère pas beaucoup de celle de l'époque classique. La justice aussi n'est pas relative quand au fond de sa substance.

La conscience des peuples est un élément subjectif. Avec cette base, on arrivera finalement à un système majoritaire. Dans ce cas ce que la majorité voudra sera considéré nécessairement et inéluctablement juste. Nous croyons savoir que l'intention de M. Alvarez n'est pas d'aboutir à ce résultat.

Il le déclare d'ailleurs clairement. M. Alvarez croit à l'importance du rôle que doit jouer l'élite de la communauté internationale. Cette croyance exclut la loi de majorité.

M. Alvarez donne ainsi aux juristes un rôle primordial. Les juristes seront les interprètes de la conscience des peuples.

Cette « Déclaration » présente diverses caractéristiques; nous n'indiquerons ici que deux d'entre elles :

1^o La distinction qu'il faut faire à l'avenir entre les principes et les règles;

« Les *principes* sont les préceptes fondamentaux qui dominent tout le Droit des Gens (grands principes), ou une matière donnée (principes secondaires) et qui, par leur nature, sont féconds en conséquences.

« Les *règles* sont des dispositions destinées à appliquer les principes ou à régir des matières de détail.

« Le *motif* de cette distinction est, outre son importance la différence de sources d'où émanent ces deux éléments.

« Les *grands principes* sont ordinairement des manifestations de la conscience juridique des peuples; les Etats ne font que les appliquer et souvent ne peuvent même pas les abroger.

« Les principes secondaires, ainsi que les règles, dérivent uniquement de la volonté expresse ou tacite des Etats, lesquels peuvent les abroger librement » (1).

2° On a incorporé dans cette « Déclaration » tous les principes américains auxquels sont spécialement attachés les pays du Nouveau Monde, afin de les rendre à l'avenir mondiaux (2). De ce fait l'Ecole Panaméricaine et l'Ecole psychologique se rencontrent et se complètent.

La « Déclaration » introduit bien d'autres innovations sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'attarder ici (3).

C'est seulement après la reconstruction du Droit International qu'il faut songer à sa codification. Dès 1912, M. Alvarez s'est consacré à l'étude de ce dernier sujet dans son ouvrage « La codification du Droit International ». Depuis lors il a fait d'autres travaux et présenté des rapports sur cette matière à l'Institut de Droit International, à l'Union Juridique Internationale, ainsi qu'aux Conférences panaméricaines, ce qui lui a valu des votes d'applaudissements de celles-ci.

(1) *Loc. cit.*, pages 22-23.

(2) *Ibid*, page 24.

(3) *Ibid*, pages 25-47.

CHAPITRE IV

L'ECOLE ITALIENNE

Toutes les écoles de philosophie du droit trouvèrent un écho dans la pensée des auteurs italiens. Nous avons vu même que l'Italie a pu donner après les jurisconsultes romains, des Dante et des Machiavel. L'influence qu'exercèrent ces deux hommes sur la pratique et sur la théorie garda son importance pendant des siècles.

Au XVIII^e siècle, le plus grand juriste philosophe de la Péninsule fut J.-B. Vico (1668-1744). Pour cet auteur, « le droit naturel est à la fois « une idée humaine et aussi un fait humain ». Dans le droit, Vico distingue deux éléments : le vrai et le certain. Le premier est l'élément rationnel. Le second l'élément positif qui correspond à l'autorité. Vico insista aussi sur l'histoire. Celle-ci est considérée par lui « comme un développement cyclique qui s'accomplit dans un sens uniforme. Il y a des flux et des reflux de l'humanité (1).

Un autre auteur très connu fut César Beccaria (1737-1794). Celui-ci était partisan de la théorie du contrat social. Il s'occupa surtout du droit pénal. Sa brochure « Des délits et des peines » (1764), attira l'attention des juristes du monde entier. Avec le contrat les hommes ont cédé une partie la plus infime de leur liberté. La peine

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 81.

infligée au coupable doit avoir selon Beccaria, un caractère utilitaire (1).

Le XIX^e siècle connut en Italie dans la personne de Romagnosi (1761-1835) un représentant de l'école positiviste. En effet, cet auteur voulait exclure la métaphysique du domaine de la science. Dans sa conception de la société, on trouvait déjà l'organicisme de Spencer. D'après M. Del Vecchio, la philosophie de Romagnosi peut se résumer dans ces mots : naturalisme et déterminisme (2).

La philosophie allemande exerça en Italie son influence dant toutes les périodes. Notamment le kantisme trouva plusieurs interprètes. Parmi les représentants de cette Ecole, on peut citer Galluppi (1770-1846) qui fut le Kant italien. L'hegelianisme aussi a eu ses partisans. Deux auteurs, Auguste Vera (1813-1885) et Bertrand Spaventa (1817-1883) furent les principaux interprètes de Hegel.

Pendant le XIX^e siècle aussi, les philosophes qui s'occupèrent de la philosophie du droit suivirent les courants originaux de l'Allemagne, de la France et de l'Angleterre. On peut dire que l'Italie dans ces derniers siècles n'a pas joué un rôle de créateur dans le domaine de la pensée philosophico-juridique. Elle a plutôt suivi et commenté les doctrines qui prirent naissance dans d'autres pays, et parmi eux surtout en Allemagne. Ce rapprochement, entre les théories allemandes et italiennes du XIX^e siècle, a sa cause première dans la structure politique des deux pays. Tous les deux aspiraient à réaliser leurs unités. Dans une multitude de principautés minuscules, on cherchait les moyens de la création d'un Etat qui puisse réaliser l'unité de la nation.

(1) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 122.

(2) Del Vecchio : *loc. cit.*, page 126.

Il faut, disait-on, un Etat bien organisé, grand, unique et fort, pour remédier à la faiblesse de l'Italie (1). C'est le même rêve que celui de Dante.

Parmi les juristes contemporains, nous retiendront les noms de deux grands publicistes : Georgio Del Vecchio et Dionisio Anzilotti. Le premier est un partisan de l'Ecole du droit naturel. Pour cela, nous le laisserons en dehors de notre étude. Le second est un internationaliste de renommée mondiale.

Anzilotti s'élève contre l'idée du droit naturel. L'objet de la science du droit est, selon lui, le droit positif; sa tâche première est de déterminer et d'expliquer les règles en vigueur, en les ordonnant sous la forme logique d'un système. La conception de droit de notre auteur a sa source dans « la réalité des choses » et dans « la conscience sociale ». De cette source profonde jaillissent les normes de droit international et non pas de « l'idée d'un faux droit naturel ». La source formelle du droit international est constituée par « les manifestations de volonté » qui sont les « accords entre les Etats ». Ces accords tirent leur force d'obligation de la règle fondamentale *Pacta sunt servanda* (2).

Mais d'où découle la force même de ce principe ? Question redoutable, devant laquelle les théories de Triepel et de Kelsen se montrèrent incapables de donner une réponse adéquate.

(1) Enrico Catellani : *Les maîtres de l'Ecole Italienne du droit international au XIX^e siècle*, Cours de La Haye 1933, tome 46, pages 709 et suivantes.

(2) Anzilotti : *Cours de droit international*, traduction française par G. Gidel, Paris 1929, page 67.

Anzilotti aussi admet la conception normativiste du système juridique. La société des Etats est régie par un système régulateur. Les deux éléments essentiels de ce système sont les forces dirigeantes, comme l'opinion publique, et des normes de conduite. La plus importante partie de ces normes est formée par des accords, tacites ou expresses des Etats. Comme Kelsen, l'auteur italien affirme que la validité de ce devoir et de ces normes ne dépendent pas du fait de la réalisation et de l'application pratique. Les normes sont valables parce qu'elles découlent du principe *Pacta sunt servanda*. Ce dernier n'est pas susceptible d'une démonstration. « Il doit, dit Anzilotti, être pris comme une valeur objective absolue ou, en d'autres termes, comme l'hypothèse première et indémontrable à laquelle se rattache d'une façon nécessaire cet ordre, comme tout autre ordre, de connaissances humaines » (1). Si on insiste, on arrivera peut-être à trouver une démonstration du point de vue moral ou social. Mais cela n'aura pas une valeur juridique.

Anzilotti n'est pas moniste. Il n'accepte pas l'idée de Kelsen d'après laquelle tout se ramènerait à une seule norme fondamentale. Pour lui, les relations juridiques internationales se basent sur un autre principe que le droit interne. Celui-ci règle des rapports de subordination. Tandis que dans le domaine international, il n'y a que des égaux. C'est ce caractère qui constitue le critère du droit international. Le jour où la réalisation d'un Etat universel sera effective, on ne devra plus parler du droit international. Car dans ce cas, le rapport d'égalité laissera sa place au rapport de subordination. A l'heure actuelle, le droit international existe. La

(1) Anzilotti : *loc. cit.*, page 44.

source profonde de ce droit se trouve dans cette règle : « les Etats doivent respecter les accords intervenus entre eux » (1).

Le droit international et le droit interne sont donc deux ordres juridiques distincts. Par exemple, une norme internationale peut être introduite dans le droit interne au moyen de réceptions. Mais après ce procédé, la norme n'est plus internationale, elle devient interne (2).

Anzilotti se déclare opposé aux théories volontaristes. La volonté en tant que telle ne peut pas créer le droit. Si dans certains cas déterminés nous voyons naître des normes juridiques, par suite de la manifestation de la volonté, c'est parce que une autre norme a attribué à cette volonté, le droit d'agir de la sorte (3).

Ni la théorie de l'auto-limitation, ni celle de la volonté collective des Etats n'attirent l'adhésion du savant auteur italien. Toutes les deux sont pour lui incapables d'expliquer le caractère obligatoire du droit international (4).

Il n'y a pas lieu d'insister de nouveau sur la faiblesse du fondement de la norme première *Pacta sunt servanda* (5). Comme nous l'avons dit à propos de la théorie de Kelsen, tant que cette norme restera comme un principe indémontrable, hypothétique, tous les systèmes bâtis sur elle manqueront d'une base solide et scientifique.

D'autre part toutes les règles du droit international ne découlent pas nécessairement d'un accord entre les Etats.

(1) Anzilotti : *loc. cit.*, pages 44-45-47.

(2) Anzilotti : *loc. cit.*, page 63.

(3) Anzilotti : *loc. cit.*, page 339.

(4) Anzilotti : *loc. cit.*, page 45.

(5) Voir sur ce principe J. B. Whitton : La règle *Pacta sunt... Servanda*, Cours de La Haye 1934, tome 49, page 151.

Cet état de choses se trouve être reconnu par l'article 38, alinéa 3 de la C. P. J. I. Les principes généraux du droit ne sont pas introduits dans le domaine juridique international par la reconnaissance expresse ou tacite des Etats. Leur validité est indépendante de la volonté étatique. Ils s'imposent comme des principes découlant de la nature même des choses et de l'homme.

CHAPITRE VII

CRITIQUE GENERALE SUR L'ENSEMBLE DES DOCTRINES POSITIVISTES

Jusqu'ici nous avons essayé de faire connaître le positivisme dans toutes ses tendances, depuis les Sophistes jusqu'au système normativiste de Kelsen. En exposant chaque doctrine nous avons fait certaines objections. Maintenant nous voulons essayer de dire ce que en général, dans le positivisme, nous paraît être inadmissible.

I

L'observation des faits

Les positivistes juridiques, s'inspirant du positivisme philosophique, rejettent toute idée métaphysique. Ils disent que le philosophe ou le juriste doit se borner, exclusivement, à la constatation des faits. Et dans l'expression de cette idée, par le mot « faits », ils entendent seulement les faits matériels.

Le plus grand mérite du positivisme juridique est sans doute, d'attirer l'attention sur les faits, sur le milieu social où l'homme vit et développe ses facultés.

Cette phase de la vie humaine a été longtemps trop négligée par certaines écoles philosophiques qui s'occupaient exclusivement des données abstraites de la connaissance. D'ailleurs au XIX^e siècle, le courant positiviste s'accrut

à la suite d'une réaction devant les exagérations de cette méthode. L'homme n'est pas un être isolé. Il est au contraire, comme le disait le philosophe grec, éminemment social. Par conséquent, toute école ou tendance scientifique qui perd de vue cette réalité se trouve être plongée dans la plus grande erreur.

Le positivisme a sans doute corrigé l'erreur commise par les partisans de « l'école du droit de nature » qui se basaient sur un « contrat social » imaginaire, n'ayant aucune réalité historique et logique. D'ailleurs, comme nous l'avons dit, la théorie du contrat social aboutissait finalement au volontarisme et se confondait avec le positivisme juridique.

L'observation des faits est nécessaire et indispensable pour avoir une connaissance de la réalité sociale. Mais est-elle suffisante ? Les positivistes donnent une réponse affirmative (1). Nous croyons qu'ils se trompent.

1° Tout d'abord qu'est-ce qu'on entend par le mot « fait » ? Il semble que les positivistes, négligeant le côté spirituel de la nature de l'homme, retiennent seulement les faits matériels.

L'homme qui est matière et esprit se trouve être pris par le positivisme exclusivement comme matière. Le droit qui règle l'action extérieure de l'homme se ramène ainsi à des formes.

Cette répugnance devant le spirituel — devant la métaphysique — rend impossible pour le positivisme la connaissance du réel. Il est aujourd'hui amplement démontré

(1) « Le positivisme juridique et le positivisme sociologique — par opposition à la croyance au droit naturel — se caractérisent l'un comme l'autre, par la réduction du droit au fait. Le droit est, dans ce système une certaine catégorie de faits, mais n'a rien de transcendant. » (M. Waline : *Le positivisme philosophique, juridique et sociologique*, page 523 ; Mélanges Carré de Malberg, Paris 1933).

qu'aucune science, même physique, n'est possible sans un minimum de métaphysique. M. Le Fur dans son magnifique ouvrage (*Les grands problèmes du droit*) cite des passages de philosophes les plus connus de notre époque qui insistent sur la nécessité de la métaphysique. Meyerson, J.-J. Chevalier, etc.... tous sont d'accord sur ce sujet. Déjà Claude Bernard avait écrit : « La métaphysique tient à l'essence même de notre intelligence; nous ne pouvons parler que métaphysiquement (1).

La philosophie, grâce à l'œuvre et à l'influence de H. Bergson, est depuis 1880, entrée dans une voie saine qui permet maintenant de philosopher librement, sans tomber dans un pessimisme ou un déterminisme révoltant.

L'intuition, dont le rôle a été signalé par Platon (2), a retrouvé son importance dans le domaine de la philosophie et de la science juridique. Il est intéressant de lire le rapport que M. Djuvara a fait sur ce sujet devant l'Institut International de Philosophie du droit et de sociologie juridique. D'après cet auteur, la connaissance n'est pas acquise exclusivement par l'expérience. Au contraire, il va jusqu'à déclarer qu' « il n'existe pas de connaissance sans intuition (3).

On ne nie plus aujourd'hui le rôle que jouent les sens spirituels de l'homme à côté de ses sens corporels. Dans la vie sociale, qu'il s'agisse de la morale ou de la justice, l'homme ne peut pas arriver à concevoir les « lois » avec ses seuls sens corporels. Le monde physique n'est pas régi de la même manière que le monde social ou normatif. La

(1) Cité par Le Fur : *loc. cit.*, page 179, note 1.

(2) E. Baudin : *Introduction générale à la philosophie*, page 54, Paris 1927.

(3) *Annuaire* 1936, page 86.

loi physique est une simple constatation d'une relation entre deux ou plusieurs faits. Il n'y a pas lieu ici d'intervenir pour que cette loi produise son effet.

Tandis que pour les lois juridiques, une volonté est toujours nécessaire. Ainsi les seuls faits sont incapables de nous fournir le moyen de fonder et de systématiser la société. Cette différence fondamentale entre la loi physique et la règle normative, les positivistes semblent l'oublier. S'il n'en était pas ainsi, ils devraient prendre en considération l'homme au complet. En éliminant le côté spirituel et la métaphysique ils s'éloignent de la réalité et prennent une attitude dogmatique. Nous arrivons à saisir la réalité grâce à nos connaissances. Celles-ci constituent un corps complexe. Il y a là les faits et le travail rationnel et intuitif.

M. Le Fur porte à cinq, en ajoutant, à la trilogie de Victor Cousin (le vrai, le beau, le bien), l'utile et le juste, le nombre des sens spirituels de l'homme. « Je l'appelle des sens, écrit le savant professeur, parce que la connaissance qu'il nous donne de leur objet est pour nous directe, immédiate » (1).

En effet quiconque étudiera la nature humaine constatera que l'homme se trouve sous l'influence de ces sentiments plus que sous celle des sens corporels. Les positivistes juridiques négligeant ces données immédiates de notre connaissance s'éloignent de la réalité.

En effet, c'est un fait incontestable que l'homme recherche le vrai. D'autre part, chacun de nous possède le sentiment du bien. Et ce sentiment dans son essence même ne change pas avec les hommes. Les différences se dégagent dans le détail. Quant au sens du beau, l'histoire de l'art nous

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 18.

démontre que depuis les temps les plus anciens, l'homme est à la recherche du beau. L'utile est pris dans le sens de l'utilité morale aussi bien que matérielle. Et enfin, peut-on nier l'existence d'une idée de justice ? Même parmi les tribus les plus primitives, le sentiment de juste a sa place.

Ce sont des éléments de la vie qui découlent de la nature de l'homme. Toute doctrine qui prétend rester fidèle à la réalité, et pour cela choisit la méthode d'observation ne peut pas, sans tomber dans le dogmatisme, passer outre devant ces faits qui ne sont certes pas matériels, mais réels. Pour rester fidèle aux réalités, pour être un vrai réaliste, il faut prendre en considération les résultats de l'observation profonde, et non seulement de l'observation superficielle des choses et surtout de l'homme.

On nous parle de l'observation, et on dit que c'est le seul moyen pour rester fidèle à la réalité. Mais on oublie qu'il y a un sujet qui observe.

Nous observons les faits avec nos sens matériels et spirituels. Les positivistes font abstraction du sujet. Or, dans le rapport entre le sujet et l'objet, l'élément déterminant de notre connaissance est le sujet. Nous pouvons même dire que tout dépend du sujet. Meyerson déclare à juste titre que « nous ne pouvons nourrir l'illusion que les lois que nous découvrons soient véritablement des lois de la nature... Ce ne sont que des lois de la nature en ses rapports avec notre sensation et notre intelligence » (1). Cela est vrai aussi pour les rapports sociaux. C'est pourquoi, il faut prendre en considération la nature humaine telle qu'elle est. C'est en étudiant l'homme qu'on peut résoudre le problème de la connaissance.

(1) Meyerson : *De l'explication dans les sciences*, page 17, Paris 1921.

Le positivisme juridique veut se désintéresser de ce côté de la vie. C'est pour cela qu'il est un système incapable de résoudre le problème du fondement de droit. Le droit est une règle de vie sociale. Celle-ci loin d'être unilatérale et simple est complexe et bigarrée. Une bonne méthode juridique doit prendre en vue les données historiques, rationnelles, économiques et spirituelles de la vie. Le droit positif n'est qu'un élément parmi tant d'autres. Comme le droit n'aura aucune valeur sans son but, il importe de connaître celui-ci, et voir après, si le droit positif répond à ce but. Mais le positivisme juridique, sans trahir sa propre doctrine, ne peut pas s'engager dans cette voie. Il veut rester attaché aux faits. Mais comme nous venons de le voir, ce qu'on appelle « fait » dépasse le domaine proprement matériel et englobe aussi le spirituel.

Sur ce point une correction, voire un élargissement, est nécessaire.

2° Même avec ce cadre élargi qui englobe le matériel et le spirituel, tous les faits ne peuvent pas être admis comme étant de droit. On a déjà insisté sur ce point. Les adversaires du positivisme juridique ont, à juste titre, cité des faits qui sont accomplis au nom de la « loi » devant lesquels toute conscience humaine se révolte avec horreur et indignation.

Pour nous, le fondement le plus fragile du positivisme c'est ce manque d'un jugement de valeur. Accepter tous les actes des gouvernants dans le droit interne, et la volonté arbitraire du plus fort dans le droit des gens, comme étant un droit positif, est inadmissible. Le juriste qui dit : « qu'on les juge bonnes ou mauvaises », le droit d'un pays est l'ensemble des règles appliquées effectivement par les tribunaux et par les praticiens de ce pays, adopte le point de vue que nous combattons.

Aujourd'hui, dans certains pays, prétendus civilisés, les tribunaux et les praticiens accomplissent de tels actes et rendent de tels jugements qu'on rougit devant ces faits, légaux pourtant, d'être un homme. Les plus simples exigences de la conscience humaine ne sont pas respectées. On se moque de l'idée de justice. Tous les avantages qu'on pourrait invoquer en faveur de l'homme devant l'animal s'effacent. Si elles pouvaient le dire, les bêtes même refuseraient d'accepter pareils actes à leur compte. On a vu certes dans l'histoire des crimes horribles commis au nom de la loi et du droit. Cependant ces actes n'avaient rien de commun avec le droit à base de justice et de morale. Pour ces époques anciennes, il est possible de trouver des excuses. Mais quand nous voyons recommencer les mêmes pratiques après tant de siècles de civilisation, nous nous sentons incapables de trouver une qualification adéquate. Certains auteurs, qui se disent juristes, s'empressent d'affirmer et de professer que ces actes ne sont que l'expression et l'application des « règles de droit ». Ils nous proposent d'accepter ces faits parce qu'ils sont des faits, comme étant de droit (1).

Le droit positif ou la loi de l'autorité est un fait. Comme tout fait, il peut être bon ou mauvais. Pour que nous l'acceptions comme droit quant au fond il faut qu'il soit bon, c'est-à-dire juste. Le pur formalisme est insuffisant. Le mot droit dans son vrai sens contient une expression de justice. Le droit a, comme le disait Jhering, un but. Ce but c'est le « bien commun » comme l'a montré Le Fur. Pour

(1) Les positivistes sociologiques, avec Duguit, choisissent entre ces faits la solidarité. Ce choix démontre bien que l'Ecole de Duguit se sépare du positivisme juridique. D'ailleurs Duguit lui-même ne s'était pas contenté de la solidarité comme fondement de droit, mais y avait ajouté « le sentiment de justice ».

arriver à ce résultat, la méthode à suivre a une grande importance. Avec le positivisme juridique, le bien commun est sacrifié, ou du moins on s'en désintéresse. Certains positivistes disent que la fonction sociale du droit est de faire régner la paix. Mais il y a mille manières de faire régner la paix. Un choix est indispensable. Il faut avoir un criterium qui doit nous permettre de juger le droit positif d'après les prescriptions du droit rationnel et objectif.

Les positivistes nient l'existence d'un droit naturel. Mais en dépit de cette négation, les gouvernants s'efforcent la plupart du temps de se conformer à ce droit. Sans doute, il y a des pays où on édicte délibérément des lois contraires à la justice. Mais ce sont des exceptions. Dans nos sociétés modernes, l'observation des faits nous révèle que les Etats agissent suivant les prescriptions d'une idée morale et les exigences de la nature des choses et de l'homme. Il faut être aveugle pour n'avoir pas constaté cet état de choses.

Sans un jugement de valeur on ne peut rien faire dans le domaine social. La vie sociale dans sa phase matérielle et spirituelle demande un criterium objectif pour distinguer les bonnes et mauvaises actions, ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. L'homme ne reste pas passif en face des événements qui se déroulent devant ses yeux. Chacun de nous juge les faits d'après sa conscience, d'après son idée de justice. Quand le législateur prend une mesure quelconque, nous ne la regardons pas impassibles. Tout de suite notre raison entre en action. Pourquoi telle loi nous paraît être conforme à la justice et telle autre contraire ? Parce que par nature l'homme a ce sens du juste.

Ici les positivistes élèvent une objection : l'idée de justice est changeante, elle n'est pas absolue mais relative et subjective. Dans ce cas, pourquoi ne pas préférer l'idée du

législateur à la notre ? Mais cette objection est absurde. Car l'idée de justice n'est ni relative ni subjective. En tout temps et en tout lieux, un certain nombre de principes ont été jugés par l'ensemble des hommes toujours de la même manière (1). C'est un fait qu'un observateur impartial ne peut nier.

Vouloir ramener le droit aux simples rapports de faits est une tentative vaine. Partout où il y a un droit, un jugement de valeur s'impose. Les lois positives ne sont que des instruments. Elles ne sont pas des réalités absolues et définitives. Leur valeur est relative.

Le positivisme juridique tout en refusant d'employer une méthode métaphysique, fait cependant un raisonnement qui dépasse le monde physique. C'est à juste titre qu'on a trouvé « des postulats métaphysiques » à la base du positivisme juridique. Ce résultat était inévitable. Car on ne peut jamais rien faire contre la nature des choses. Bien que les auteurs positivistes se déclarent fidèles à la méthode simple d'observation des faits, ils font un choix parmi les faits sociaux. Sur ce point, le positivisme sociologique est très avancé. Il est tout près d'admettre le droit naturel. En effet, une fois le principe de choix accepté, il ne reste qu'à déterminer le critère. La seule différence avec les partisans du droit objectif et rationnel se trouve dans le refus que les positivistes sociologiques opposent à l'idée de justice. C'est

(1) « Dans nos pays civilisés comme dans les pays sauvages, qui hésite à louer l'homme qui meurt pour défendre sa patrie ou ses proches et à blâmer celui qui les trahit par lâcheté ou cupidité ? Qui n'apprécie de façon très différente le voleur et l'honnête homme, le fourbe et l'homme droit ? Aujourd'hui comme il y a trente siècles, dans trente siècles comme aujourd'hui, il a été, il est et il sera toujours considéré comme un acte coupable, illicite, de tuer ou de blesser son prochain, de lui causer injustement dommage, de ne pas tenir la parole donnée. » (Le Fur : *loc. cit.*, page 28).

d'ailleurs sur ce sujet qu'ils s'accordent avec les positivistes juridiques. Tous les clans positivistes prétendent qu'il n'y a pas une idée de justice objective. Mais cependant le positivisme sociologique admet l'existence d'un sentiment de justice s'extériorisant dans la masse des consciences des individus. Nous pouvons donc dire que l'école de Duguit recourt à un jugement de valeur en choisissant la solidarité parmi les autres faits sociaux. Mais la question : pourquoi obéirai-je à une règle basée sur la solidarité ? reste entière. Pour remédier à ce défaut, Duguit a adopté l'idée du sentiment de justice. Cette notion aussi est insuffisante car elle est subjective.

Quant au positivisme juridique, il n'est pas allé aussi loin que Duguit dans le domaine de la métaphysique. Dans le système de droit normatif hiérarchisé, le principe fondamental hypothétique ne peut être accepté qu'à la suite d'une croyance. Pourquoi la règle *Pacta sunt Servanda* doit-elle être prise comme une norme indémontrable à laquelle il faut quand même obéir ? Les positivistes n'apportent aucune réponse convaincante. C'est là l'un des points faibles de la doctrine formaliste. Il est cependant évident que le principe *Pacta sunt Servanda* se base sur l'idée de justice. Donc par cela même un recours à un jugement de valeur, c'est-à-dire à un raisonnement métaphysique, est nécessaire et indispensable. Les positivistes font ce jugement, mais de peur d'être accusés d'infidélité à leur propre méthode, ils n'osent pas l'affirmer. Qu'ils le disent ou non, on ne peut pas construire un système juridique solide sans avoir pris en considération les mobiles spirituels qui agissent sur l'homme.

La science, comme l'a démontré Meyerson, n'est pas la simple observation de lois. Notre intelligence cherche sa

satisfaction en allant au delà des lois (1). L'esprit veut une explication, non pas simplement une constatation. Le Pourquoi est sans cesse répété dans notre pensée. Pour répondre à ce Pourquoi, les rapports légaux sont insuffisants. Il faut savoir expliquer les phénomènes. Tout effet a sa cause. Les positivistes disent que la raison est incapable de trouver une explication de la cause. La recherche est inutile. On ne pourra jamais arriver à un résultat scientifique.

C'est une simple affirmation, sans démonstration possible.

Nous concluerons par cette phrase de Baudin : « Quoi qu'on dise et qu'on fasse, jamais le droit ne se laissera réduire à n'être qu'un fait » (2).

II

Le Droit et la Contrainte

L'un des arguments sur lesquels les positivistes aiment à se baser, c'est l'idée d'après laquelle tout droit suppose une contrainte étatique. Partant de l'exactitude de cette conception, on dit que le seul droit répondant à cette condition, est le droit positif. Notamment, c'est la position que prennent Kant, l'Ecole de l'Exégèse, Jhering, ainsi que Carré de Malberg.

Cette conception amène les positivistes à voir dans toute règle édictée et sanctionnée par l'Etat une norme juridique. C'est le triomphe du pur formalisme. Avec ce principe, le décret de Caligula nommant son cheval sénateur, prend place parmi les documents juridiques. Ainsi le *fond* est sacrifié à la *forme*.

(1) Meyerson : *loc. cit.*, page 36.

(2) E. Baudin : *Introduction générale à la philosophie*, page 187.

D'où vient cette idée erronée qui conduit les positivistes, sous l'apparence d'une logique rigoureuse, à l'absurdité la plus éclatante ? Le point de départ c'est toujours l'observation des faits. Cette fois-ci on observe comme un fait indéniable la souveraineté absolue de l'Etat.

Par exemple Carré de Malberg tout en acceptant l'existence des règles et des préceptes qui découlent d'une source suprême refuse de les admettre dans le domaine juridique. « Car, dit-il, l'essence même de la règle de droit c'est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate, c'est-à-dire par des moyens humains. Le droit suppose donc nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle même a édictés. Par là même, il est manifeste qu'il ne peut se concevoir, en fait, de droit, que du droit positif. La doctrine de droit naturel n'est pas une notion juridique » (1).

Il est aujourd'hui incontestablement démontré que le droit est indépendant de l'autorité et de la contrainte matérielle.

Tout d'abord, tous les ordres de l'autorité publique ne peuvent pas être admis comme des règles de droit. Déclarer le contraire, c'est faire une affirmation ne reposant sur aucune base réelle. Léon Duguil a pu montrer, en se tenant à l'observation des faits et en donnant des exemples concrets, qu'être formulé par l'Etat ne suffit pas pour ériger en règle de droit n'importe quel ordre. Ensuite, la sanction et la contrainte n'arrivent pas dans tous les cas à réaliser l'effectivité des règles. Malgré la contrainte matérielle, certaines normes contraires au droit objectif et rationnel, sont inactives et impuissantes. Cependant, il y a d'autres règles

(1) Carré de Malberg : *loc. cit.*, pages 57-58.

de conduite sociale qui, sans être édictées et sanctionnées par un pouvoir souverain, ont une efficacité pratique. L'existence des normes coutumières ne peut pas être expliquée par une théorie formaliste.

Dans le domaine des relations internationales, bien qu'il n'existe pas la plupart du temps une contrainte exercée par une autorité supérieure aux Etats, ceux-ci se sentent tenus et liés par un certain nombre de règles. Celles-ci sont parfois formellement reconnues. Et c'est le respect de la parole donnée qui empêche les Etats de les violer. Mais il y a aussi des normes de conduite internationale qui n'ont fait l'objet d'aucune déclaration de volonté, ni d'accord exprès ou tacite, et qui sont cependant observées par les Etats. Cela prouve que, en dehors de la contrainte matérielle et formelle, il y a d'autres causes, assez fortes, pour faire respecter aux membres de la communauté intersociale, les règles qui découlent de la nature même de la vie en commun. Ce fait se trouve être formellement constaté dans le statut de la C. P. J. I. Les principes généraux du droit ne sont, à notre sens, autres choses que les préceptes de ce droit supérieur et antérieur à l'Etat.

Quand le législateur fait une loi, il est sous-entendu qu'il doit veiller à ce que cette loi soit conforme au droit objectif et rationnel. La sanction est un des éléments qui complètent la règle de droit du point de vue de forme. Mais elle n'est qu'un élément formel. D'autres conditions restent à remplir. Parmi celles-ci, il faut citer l'élément de fond qui est indispensable à toute règle d'action sociale. Pour qu'une règle puisse entrer dans le domaine juridique, il faut qu'elle soit complète. Cela n'est possible que dans le cas où elle répond aux nécessités de forme et de fond.

Les positivistes juridiques se tiennent à la forme qui est un élément purement matériel. C'est pourquoi cette doctrine n'a jamais pu arriver à construire un système juridique réaliste.

Il faut donc que le droit positif, pour être vraiment un droit, soit conforme au droit naturel. C'est dans ce cas seulement que nous serons en présence d'un système complet de droit. Le fond et la forme sont deux éléments indispensables pour l'existence de la règle juridique.

La loi positive édictée par l'autorité étatique peut bien répondre aux considérations de forme. Mais sans être conforme à l'idée de justice, elle sera incomplète. Parce que le fond y manquera.

III

La nécessité du Droit Naturel

Il est temps maintenant de voir ce que c'est ce droit supérieur et antérieur à l'Etat. Toutes les tendances positivistes, y compris le positivisme sociologique, s'accordent sur le point de nier le droit naturel (1). Nous avons vu dans la première partie de ce livre que les objections se portaient surtout sur le contenu et l'efficacité de ce droit.

La réponse à ces critiques a été donnée par de nombreux auteurs et dans tous les pays. En France, deux grands publicistes, F. Gény et L. Le Fur, furent vraiment les apôtres de cette doctrine.

(1) Il est très important de ne pas confondre le droit naturel avec le droit de nature. C'est par erreur que Duguit les a pris comme des termes identiques. Il n'en est rien. La doctrine du droit de nature, développée surtout au 17^e et au 18^e siècles, correspond à l'idée du contrat social qui fait baser la société sur un contrat conclu parfois entre les sujets eux-mêmes et parfois entre les sujets et le Prince.

F. Géný dans son livre bien connu (Science et Technique en droit privé positif) montre que tout se ramène à cet « irréductible droit naturel ».

Selon François Géný, on ne peut pas construire un système juridique sans entrer dans le cadre de la métaphysique. « Que nous le voulions ou non, dit-il, en dépit de nos difficultés et de nos répugnances, notre vie morale et sociale postule des directions qu'elle ne rencontre pas toutes tracées dans la nature environnante et dont un effort métaphysique peut seul découvrir les jalons indicateurs » (1). Donc le besoin d'une transcendance est inhérent à la nature même de l'homme. Au delà de l'observation des faits matériels, la recherche des éléments supérieurs, dont dépend la conduite humaine, est nécessaire.

Le droit positif repose, d'après François Géný, sur le *donné* qui a quatre aspects principaux : des données réelles ou strictement naturelles, des données historiques, des données rationnelles et des données idéales.

Parmi ces quatre éléments, les données rationnelles dominent les autres. C'est en fin de compte la raison et l'intelligence qui vont tirer la leçon nécessaire des données réelles, historiques et idéales. Il ne faut pas trop chercher à bien préciser le sens, et vouloir tirer « des solutions trop nombreuses et trop précises », de ce *donné rationnel*. Mais, en tout cas, on peut demander à ce *donné* d'être conforme à la « notion de justice » qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie sociale » (2).

Finalement le contenu du droit naturel se ramène donc à l'idée de justice. Celle-ci « consiste essentiellement à

(1) F. Géný : *loc. cit.*, tome II, page 359.

(2) F. Géný : *loc. cit.*, tome II, page 390.

attribuer à chacun le sien » (1). Avec cette définition F. Geny barre d'un seul coup la voie à tout acte dirigé contre la notion de justice. On ne peut plus prétendre que c'est une idée changeante et subjective. Sous cette forme l'idée de justice est éminemment objective.

Le droit naturel est un cadre à remplir. Seulement dans ce travail technique, il faut prendre garde à ne pas déborder les limites.

Le professeur Louis Le Fur, depuis des années travaille à faire connaître la vraie notion du droit naturel. Il est aujourd'hui incontestable que la part qui incombe à notre maître, dans le développement et la renaissance du droit naturel, est très grande.

Dans ses nombreux ouvrages, articles, rapports, préfaces, brochures, conférences, cours et discours, il a toujours insisté sur la nécessité d'un droit objectif, rationnel et réel.

Le droit naturel découle de la nature de l'homme. C'est en étudiant cette nature qu'on arrivera à reconnaître l'existence d'un droit objectif et universel. La nature de l'homme est double : côté animal, côté homme. Quand on parle de l'homme, il faut donc faire un choix entre ce double donné. Il existe une lutte éternelle entre ces deux principes : le caractère commun de l'homme avec les animaux le pousse vers la satisfaction des exigences de sa volonté autonome selon les préférences de son intérêt. Le principe de la soumission à une sagesse supérieure qui s'impose à l'homme, répond au côté de sa nature qui le fait homme. Dans le domaine politique, c'est le même processus : « l'opposition entre le droit à base de force d'un côté, et de l'autre, le droit à base de justice supérieure » (2).

(1) F. Géný : *loc. cit.*, tome II, page 391.

(2) Le Fur : *La théorie du droit naturel*, page 380.

Le dualisme dans le droit découle donc de la nature même de l'homme. Les deux droits, positif et naturel, répondent aux côtés matériels et spirituels de l'homme. Comme la morale, le spirituel domine et commande la matière; le droit volontaire doit lui aussi se soumettre au droit moral. Le législateur qui prépare les lois ne crée pas le droit, mais il le constate.

Le droit naturel se ramène à un principe fondamental : l'idée de justice.

La justice est objective, c'est-à-dire indépendante de l'homme. Nous arrivons à la connaître par notre intelligence et par notre conscience. A côté des sens corporels de l'homme, il y a des sens spirituels. Ils sont au nombre de cinq : bien, beau, vrai, utile, juste. « Les sens spirituels ont pour but de nous donner directement sans raisonnement logique, intuitivement diraient les bergsoniens, la notion correspondante de bien et de beau, de vrai, d'utile et de juste; ce sont en quelque sorte les instincts humains » (1). Autant que les sens corporels, ces sens sont communs à tous les hommes. On peut aller même plus loin et dire que les sens spirituels sont plus forts que les autres.

Le plus grand argument des positivistes se trouve ainsi être réduit à néant. Ils disent en effet que la notion de justice est subjective, elle change avec les personnes. M. Le Fur leur répond en montrant que le sens du juste est commun à tous les hommes, par conséquent universel. Devant ce résultat, on ne peut plus insister sur cet argument. L'idée de justice est donc une notion objective. Or, le droit naturel n'est que l'expression même de l'idée de justice.

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 388.

Ainsi se trouve être démontrées d'une manière précise l'objectivité et l'universalité du droit naturel.

Il reste une autre question : le problème du contenu de ce droit. Nous savons en effet que les positivistes se moquent de « ce droit à contenu variable ».

Dans la théorie de M. Le Fur, le droit naturel n'est pas variable en ses principes essentiels qui sont au nombre de deux : le respect des engagements librement pris ; et la réparation des préjudices injustement causés. On peut, à la rigueur, même ramener ces deux règles à une seule. C'est-à-dire à la seconde qui découle immédiatement de l'idée de justice.

Comme la société est un moyen nécessaire pour l'homme, en prenant en considération ce fait, on peut ajouter une autre règle : le principe de l'autorité. En effet, l'autorité est indispensable pour le maintien d'une société organisée. Ainsi « on a tous les principes du droit naturel » (1).

Il ne faut pas confondre la règle *Pacta sunt Servanda*, qui est une règle hypothétique chez certains positivistes, avec le respect des engagements librement pris qui constitue le principe de base du système de M. Le Fur. Chez ce dernier, cette règle n'est pas hypothétique ou imaginaire. Au contraire, elle découle du sens de juste qui est, comme nous venons de le voir, une notion réelle, objective et universelle.

D'autre part, l'autorité dont la nécessité vient d'être soulignée n'est pas arbitraire. Elle doit être conforme à l'idée de justice qui constitue le principe de base de tout le système.

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 390.

Le droit naturel ainsi compris n'est pas variable. Cependant, comme on le voit bien, il n'empêche pas l'évolution et le libre développement de la vie sociale. Il n'entre pas dans le détail du règlement de l'organisation des rapports sociaux; il ne pose que des principes très généraux. Cela ne peut pas être autrement. Car par cela même qu'il doit s'appliquer à tous les hommes, il ne donne que les grandes lignes du système juridique. Le droit naturel est un cadre à remplir. Le législateur et les Etats dans leurs rapports réciproques travailleront à trouver, et non pas à créer le droit. Pour cela il faut que la raison travaille « sur les divers donnés du droit, historique et économique, les creusant, les fouillant, et arrivant ainsi à maintenir toujours le droit en harmonie avec les besoins des divers temps et des divers pays » (1).

Au fond, les doctrines de F. Gény et de Le Fur se rapprochent. On peut même dire que ces deux auteurs se rencontrent sur une croyance en un droit naturel ayant la même signification pour l'un et pour l'autre. Ils ne sont pas seuls à reconnaître l'existence et la nécessité d'un droit supérieur et objectif. Dans les pays anglo-saxons aussi il y a actuellement un mouvement très animé en faveur d'une idée de droit antérieur à la volonté.

J.-L. Brierly, professeur à Oxford, tout en reconnaissant le rôle qu'a joué le positivisme, ne manque cependant pas de souligner que « le positivisme trahit sa propre profession de foi quand il implique que le droit puisse être réduit à une série de propositions formulées... et il outre passe sa fonction lorsqu'il se considère comme un système de philosophie du droit, en enseignant que l'obligation peut trouver sa source ultime dans les volontés consentantes de

(1) Le Fur : *loc. cit.*, page 394.

ceux qu'assujettit le droit » (1). Ayant refusé ainsi la doctrine des positivistes, M. Brierly adopte la conception du droit naturel : « Je le confesse, dit-il, la résurrection moderne des théories d'un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d'espoir à la science juridique » (2).

Un autre internationaliste, J.-W. Garner, celui-ci professeur à l'université d'Illinois (Etats-Unis), critique également le positivisme juridique et déclare que le fait d'affirmer que les Etats ne sont liés que par le droit consensuel « serait sanctionner l'anarchie internationale » (3). Pour lui aussi, la seule base propre à permettre la construction d'un système solide serait le droit naturel. Comme M. Le Fur, l'auteur américain admet que le droit naturel est l'expression même de l'idée de justice. De ce fait, c'est une notion universelle que personne ne peut rejeter (4).

(1) Brierly : *loc. cit.*, page 488.

(2) Brierly : *loc. cit.*, page 549.

(3) J. W. Garner : *Le développement et les tendances récentes du droit international* ; Cours de La Haye 1931, tome 35, page 708.

(4) Garner : *loc. cit.*, page 710.

Conclusion

Après ce long examen des doctrines positivistes, nous pouvons affirmer que le volontarisme n'a jamais pu arriver à s'ériger en un système juridique solide.

L'histoire des relations internationales nous révèle que dans la pratique si un Etat est décidé à violer une règle pré-établie, la plus formelle qui soit, il la viole. Ce n'est donc pas pratiquement le consentement et la reconnaissance qui obligent l'Etat à se conformer à la règle de droit, mais des considérations qui dépassent le cadre trop restreint et étroit du formalisme.

Quand une conviction ou une simple croyance transcendante fait défaut, rien ne peut garantir l'avenir de l'ordre et de la paix internationale. Si c'est la volonté qui crée le droit, c'est encore le même élément qui le viole, c'est-à-dire crée un nouveau droit. La volonté qui s'était manifesté dans le passé ne peut pas se prétendre supérieure à la volonté présente.

Le fondement du droit doit donc être cherché en dehors et au delà des faits sociaux. Le droit nous donne des règles de conduite sociale. L'obéissance à ces normes n'est possible que dans le cas où nous y acquiesçons volontairement, délibérément. Il n'y a pas de normes sociales s'imposant par elles-mêmes. Toute action suppose l'existence d'un sujet qui agit ou qui fait agir. L'homme est le seul sujet capable d'agir par lui-même. La raison et l'intelligence, ainsi que les sentiments et les passions, ont leur influence sur les actions humaines.

Pour arriver à résoudre le problème du droit, il faut étudier l'homme et non pas les faits sociaux qui sont l'œuvre de l'homme.

Quiconque examine la nature humaine y constate l'existence de deux éléments : matière et esprit.

Chacun de ces deux facteurs est complexe. C'est dans cette complexité qu'on arrivera finalement à découvrir l'origine et l'explication des règles morales, économiques et juridiques.

Tout ce qui se rapporte à l'homme prend sa source dans l'homme.

Quand nous parlons de l'homme, nous ne le prenons pas en tant qu'individu distinct, simple particulier ; mais nous pensons au genre humain. Si on nous prend un à un, on découvrira chez chacun de nous des considérations changeantes, par conséquent subjectives. Mais il y a aussi des éléments qui ne varient jamais et qui sont les mêmes pour tous les hommes. Ce sont les données objectives de la nature humaine. Parmi ces données, la morale domine toutes les autres.

La crise profonde dans laquelle se trouve être plongée la communauté internationale a son origine dans l'affaiblissement de la morale internationale. Le mal dont nous souffrons ne peut trouver son remède que dans l'homme. Il n'y a pas lieu de se laisser entraîner par un pessimisme ou par un déterminisme ténébreux.

Le positivisme juridique est incapable de découvrir la vérité. Car toute découverte demande un effort. Or, cette tendance se contente d'observer. Elle veut rester impassible devant les faits, si brutaux et si révoltants soient-ils. Ce faisant, cette école s'éloigne de la réalité. Car l'observation nous révèle que l'homme est, de par sa nature, enclin

à émettre un jugement de valeur. Cette vérité en entraîne une autre : l'existence d'un critère. En effet, ce critère existe ; c'est le droit natruel basé sur la notion de justice.

L'observation des prescriptions de la justice dépend du degré d'élévation de notre conception morale. En dernier lieu, c'est de la loi morale que le droit tire sa force obligatoire et son efficacité.

Nous sommes profondément convaincus que la base et les racines du droit sont très profondes, aussi profondes que la nature et la raison humaines.

VU :

Le Président :

L. LE FUR.

VU :

Le Doyen :

Georges RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur

de l'Académie de Paris :

ROUSSY.

Bibliographie

LES NOMS DES AUTEURS, DES OUVRAGES ET DES ARTICLES

CITES DANS CETTE THESE

- AKZIN (B.). — *L'Ecole autrichienne et le fondement du droit des gens* ; Revue de droit international, 1927.
- ALLIER. — *Les jurisconsultes de la réforme et l'évolution du droit international* ; Publication Carnégie, 1928-29.
- ALVAREZ (A.). — *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, 2^e édition, 1938.
- *Codification du droit international. Ses tendances et ses bases*, 1912.
- *Le droit international de l'avenir*, 1916.
- *La réforme du pacte de la Société des Nations sur des bases continentales et régionales*, 1927.
- *L'Organisation internationale. Précédents de la Société des Nations et de l'Union Fédérale Européenne*, 1931.
- *Le Continent Américain et la Codification du Droit International. Une nouvelle « Ecole » du droit des gens*, 1938.
- ARCHAMBAULT. — *Hegel, choix de textes et étude du système philosophique*, 1927.
- ARISTOTE. — *La politique*.
- AUSTIN (J.). — *La philosophie du droit positif*.
- ANZILOTTI. — *Cours de droit international* ; Traduction G. Gidel, 1929.
- BASDEVANT (J.). — *Les règles générales du droit de la paix* : Cours de La Haye, 1936, tome 58.
- *Grotius. (Les fondateurs du droit international, 1904)*.
- BENTHAM (J.). — *Traité de législations civile et pénale*.
- BEX (J.). — *Essai sur l'évolution du droit des gens*, Paris, 1910.
- BAUDIN (E.). — *Introduction générale à la philosophie*, Paris 1927.
- BOEGNER (Marc). — *L'influence de la Réforme sur le développement du droit international* ; Cours de La Haye, 1926, tome VI.
- BAUDIN (E.). — *Introduction générale à la philosophie*, Paris 1927.
- BONNARD (R.). — *L. Duguit - Ses œuvres - Sa doctrine* ; Revue du droit public et de la science politique, année 1929.

- *Le droit et l'Etat dans la conception nationale socialiste.*
Revue du droit public et de la science politique, année 1936.
- BONNEGASE (J.). — *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, 1933.
- *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928.
- *La pensée juridique française à l'heure présente* ; Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique, 1932, Nos 3 4.
- *L'Ecole de l'Exégèse.*
- BOURQUIN (M.). — *Les règles générales du droit de la paix*, Cours de La Haye, 1931, tome 35.
- BREHIER (E.). — *Histoire de la philosophie.*
- BRIERLY (J.L.). — *La force obligatoire du droit international*, Cours de La Haye, 1928, tome 23.
- BRUHL (Lévy). — *La philosophie d'Auguste Comte.*
- BUSTAMANTE (de). — *Le droit international public*, traduction : P. Goulé, Paris, 1934.
- CALVO. — *Le droit international théorique et pratique*, 2^e édition, Paris, 1870.
- CAPITANT (R.). — *L'œuvre juridique de R. C. de Malberg* ; Archives 1937, Nos 1-2.
- MALBERG (Carré de). — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 volumes ; Sirey, 1920.
- *Théorie de la formation du droit par degrés*, 1933
- CATELLANI (E.). — *Les maîtres de l'Ecole Italienne du droit international au XIX^e siècle*, Cours de La Haye, 1933, tome 46.
- COMTE (A.). — *Discours sur l'esprit positif.*
- *Discours préliminaire sur l'ensemble du positivisme.*
- *Correspondance inédite d'Auguste Comte.*
- CONFUCIUS (et Mencius). — *Les quatre livres de philosophie morale et politique de la Chine.*
- CORBU (A. C.). — *Essai sur la notion de règle de droit en droit international*, 1935.
- CUCHE (P.). — *Conférences de philosophie du droit*, 1928.
- *Pour une meilleure terminologie* ; Archives, 1931, Nos 1-2.
- *A propos du positivisme juridique de Carré de Malberg* ; Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933.
- DANTE. — *De la Monarchie.*
- DARWIN. — *Sur l'origine des espèces par la sélection naturelle*
- DAVY (G.). — *L'Unité de fondement de l'obligation politique* ; Archives, 1931, Nos 1-2.
- DEL VECCHIO. — *Leçons de philosophie du droit*, 1936.
- DENIFLE. — *Luther et luthérianisme*, Paris, 1912.

DUGUIT (L.). — *Le droit social*.

— *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, 1927.

— *J. J. Rousseau - Kant - Hegel* ; *Revue du droit public et de la science politique*, 1918, tome 35.

ESCARRA (J.). — *La Chine et le droit international*, 1931.

FAUCHILLE (P.). — *Traité de droit international public*, Paris, 1922.

FIGEAC (P.). — *Nouveau droit international public*, 1885.

FOUILLÉE (A.). — *L'idée moderne du droit*, Paris, 1878.

GÉNY (F.). — *Science et technique en droit privé positif*.

— *La notion de droit en France* ; *Archives*, 1931, Nos 1-2.

— *La notion du droit positif à la veille du XX^e siècle*, Dijon, 1901.

— *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919.

GLOTZ (G.). — *Le droit international dans l'antiquité grecque*, 1915.

GOODHART. — *La nature du droit international* ; *Revue de droit international*, tome XIX, 1937.

GOYAU (G.). — *L'église catholique et le droit des gens*, Cours de La Haye, 1926, tome VI.

GROTIUS. — *De jure ac pacis* ; Traduction : Barbeyrac.

GURVITCH (G.). — *L'expérience juridique et la philosophie dualiste du droit*, Paris, 1935.

HABICHT. — *Le pouvoir du juge international de statuer « Ex-Aquo et Bono »*, Cour de La Haye, 1934, tome 49.

HEFFTER. — *Le droit international de l'Europe*, 1873.

HEGEL. — *Logique*, traduction : Vera.

— *Philosophie de l'esprit*.

HIGGINS (A. P.). — *La contribution de quatre grands juristes britanniques au droit international*, Cours de La Haye, 1932, tome 40.

HILDEBRAND (Dietrich von). — *Le mythe des races* ; *Archives*, 1937, Nos 3-4.

HOBBS. — *Le Leviathan* ; Traduction : R. Anthony, Giard, 1921.

HUBERT (R.). — *Rousseau et l'école positiviste* ; *Archives*, 1932, Nos 3-4.

JANET (P.). — *Histoire de la science politique*, 5^e édition, 1887.

GEZE (G.). — *Les principes généraux du droit administratif*, 2^e édition.

— *L'influence de L. Duguit sur le droit administratif français* ; *Archives*, 1932, Nos 1-2.

- JELLINEK (G.). — *L'Etat moderne et son droit*.
- JHERING. — *Zweck im recht*; Traduction : O. de Meulenaere, Paris, 1901.
- *De l'esprit du droit romain*.
- *La lutte pour le droit* ; Traduction : O. de Meulenaere, Paris, 1890.
- KANT. — *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* ; Traduction : J. Barni, 1853.
- *Critique de la raison pure*.
- *Critique de la raison pratique*.
- KELLER (H.). — *Droit naturel et droit positif en droit international public*, Bordeaux, 1931.
- KELSEN. — *Théorie générale du droit international* ; Cours de La Haye, 1932, tome 42.
- *Aperçu d'une théorie de l'Etat*, Revue du droit public, 1926.
- *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*. Cours de La Haye, 1926, tome 14.
- KORFF (Baron). — *Histoire du droit international*. Cours de La Haye, 1923, tome 1.
- KOSTERS (J.). — *Le fondement du droit des gens*. Bibliotheca Visseriana, tome IV, 1925.
- KRABBE. — *L'idée moderne de l'Etat* ; Cours de La Haye, 1926, tome 13.
- KRAUS (H.). — *La morale internationale* ; Cours de La Haye, 1927, tome 16.
- LAURENT. — *Histoire du droit des gens et des relations internationales*.
- LAWRENCE. — *Les principes du droit international*. Traduction : A. de La Pradelle et Dumas, Oxford 1920.
- LEANG KI-TCH'AO. — *La conception de la loi et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, Pékin, 1926.
- LE FUR. — *Les grands problèmes du droit*, Sirey, 1937.
- *Précis de droit international public*, 3^e édition, Dalloz, 1937.
- *Le droit international de la Paix*, Cours de La Haye, 1935, tome 54.
- *Théorie du droit naturel*, C. de La Haye, 1927, tome 18.
- LÉON (P.). — *Rousseau et le fondement de l'Etat moderne* ; archives 1934, Nos 3-4.
- *La notion de souveraineté dans la doctrine de Rousseau* ; archives 1938, Nos 1-2.
- *L'idée de la volonté générale chez J. J. Rousseau* ; archives 1936, Nos 3-4.

- LESEUR (P.). — *Introduction à un cours de droit international public*, Paris, 1893.
- LEVI (A.). — *Sur le droit naturel dans la philosophie de Spencer*.
- LI SIN-YANG. — *Doctrines du droit public en Chine antique*, Paris, 1928.
- MAINE (H. S.). — *Le droit international - La guerre*.
- MARTENS (G. F. de). — *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*. Gottingue, 1821, 3^e édition.
- MERKEL (A.). — *R. von Jhering*, (Extrait de la « Revue générale du droit », Paris, 1894).
- MEYERSON. — *De l'Explication dans les sciences*, Paris, 1928.
- MICHEL (Henri). — *L'idée de l'Etat*, Paris, 1895.
— *La philosophie politique de H. Spencer*.
- MOMSEN (T.). — *Les antiquités romaines*.
- MULLER (J.). — *L'œuvre de toutes les confessions chrétiennes pour la paix internationale*, Cours de La Haye, 1930, tome 31.
- NEZARD (H.). — *Gentilis* (Les fondateurs du droit international, Paris, 1904).
- NYS (E.). — *Les origines du droit international*.
- PIOT (Mlle). — *Le droit naturel et le réalisme*, thèse, Paris, 1930.
- POLITIS (N.). — *Duguit et le droit international* ; archives 1932, Nos 1-2.
- REDSLOB (R.). — *Histoire des grands principes du droit des gens*.
- REGLADE (M.). — *Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit* (archives 1932, Nos 1-2).
- RICHARD (G.). — *Le positivisme juridique et la loi des trois états* ; archives 1931, Nos 3-4.
— *La critique de l'hypothèse du contrat social avant Rousseau* ; archives 1937, Nos 1-2.
— *La philosophie du droit et la sociologie en Angleterre après H. Spencer* ; archives 1932, Nos 3-4.
- RIEGNER (G.). — *Le pouvoir du Führer chancelier en Allemagne*. Revue du droit public et de la science politique, 1935.
- RIPERT (G.). — *Le droit naturel et le positivisme juridique*, Marseille, 1918.
— *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e édition, Paris, 1935.

- *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, C. de La Haye, 1933, tome 44.
- *Le droit en Allemagne et la guerre actuelle*, revue internationale de l'enseignement, 1915, tome 69.
- ROUSSEAU (J. J.). — *Le contrat social*.
- *Lettres écrites de La Montagne*.
- SAVIGNY (Ch. F. de). — *Traité de droit romain*; traduction : Ch. Guenoux. Paris, 1855.
- SCELLE (G.). — *Précis du droit des gens*, Sirey, 1934.
- *Les règles générales du droit de la paix*, C. de La Haye, 1934, tome 46.
- *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, C. de La Haye, 1936, tome 55.
- *R. Zouch* (Les fondateurs du droit international, Paris, 1904).
- SCHEUNER (Ulrich). — *Le Peuple, l'Etat, le Droit et la doctrine nationale socialiste* ; Revue du droit public et de la science politique, 1937.
- SCOTT (J. B.). — *Le progrès du droit des gens*, 1934.
- SIU TCHAOU PAO. — *Le droit des gens et la Chine antique*, 1926.
- SPINOZA (B.). — *Tractatus politicus*.
- SPENCER (H.). — *Justice*.
- *Essais de morale, de science et d'esthétique*.
- STOFFEL (Grete). — *La doctrine de l'Etat raciste dans l'idéologie nationale socialiste* ; archives, 1936, Nos 3-4.
- STRUPP (K.). — *Eléments du droit international public, universel, européen et américain*, 2^e édition, Paris, 1930.
- THOMAS (Saint). — *La somme théologique*.
- TRELLES (B.). — *Francisco de Vitoria et l'Ecole moderne du droit international*, C. de La Haye, 1927, tome 17.
- TRIEPEL (H.). — *Droit international et droit interne*, Paris, 1920.
- VALLENHOVEN (Van). — *Les trois phases du droit des gens*, La Haye, 1919.
- VATTEL. — *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758.
- VERDROSS. — *Le fondement du droit international*, Cours de La Haye, 1927, tome 16.
- *Les règles générales du droit international de la Paix*, C. de La Haye, 1929, tome 30.
- WALINE (M.). — *Deux grands publicistes français : Duquitt et Hauriou*, Année politique française et étrangère, 1929, tome IV.

- *Qu'est-ce que le droit*, Année politique française et étrangère, 1931, tome 6.
- *Le positivisme philosophique, Juridique et Sociologique ; Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933.
- *Manuel élémentaire du droit administratif*, 1936.
- WALZ (A.). — *Les rapports du droit international et du droit interne*, C. de La Haye, 1937, tome 61.
- WESTLAKE. — *Traité de droit international*. Traduction : A. de La Pradelle, 1924.
- WHEATON. — *Histoire des progrès du droit des gens*, 1865.
Eléments du droit international, Leipzig, 1874.
- WHITTON (J. B.). — *La règle Pacta Sunt Servanda*, C. de La Haye, 1934, tome 49.
- WILLIAMS (J. F.). — *La convention pour l'assistance financière aux Etats victimes d'agression*, C. de La Haye, 1930, tome 34.

Table analytique des matières

INTRODUCTION	1-6
--------------------	-----

PREMIERE PARTIE

DEFINITION

L'importance de la terminologie en cette matière	7
--	---

CHAPITRE I^{er}

Le positivisme philosophique

A. Comte. — Ses prédcesseurs. — La loi des trois états : l'état théologique, l'état métaphysique, l'état positif. — L'observation des faits. — Voir pour prévoir. — La classification des sciences. — La place du droit dans le système de Comte. — L'opinion de Duguit. — L'opinion de G. Richard. — Conclusion : A. Comte refuse à la fois le droit subjectif et le droit objectif ; il est contre le positivisme juridique.	8-16
---	------

CHAPITRE II

Le positivisme sociologique

L'importance du rôle de Duguit. — Duguit et Spencer et Durkheim. — Duguit contre la métaphysique. — Pas d' <i>à priori</i> . — Il faut être objectif. — Les gouvernants et les gouvernés. — Règles de droit. — L'origine de la règle de Droit. — La solidarité sociale. — La division du travail. — L'observation des faits. — Les règles économiques et morales. — La règle juridique. — La conscience de la masse des individus. — Les règles de droit normatives. — Les règles de droit constructives. — Les règles interétatiques. — La solidarité inter-sociale. — Besoin de justice. — Sentiment de justice. — Duguit et le positivisme philosophique. — Critiques sur le fait social. — G. Richard. — Michoud.	
---	--

F. Génv. — Le Fur. — Duguit et le positivisme juridique. — L'opinion de ses disciples. — R. Bonnard. — Marc Reglade. — Nicolas Politis. — L'opinion des positivistes juridiques. — M. Waline. — P. Cuche. — Ce que Duguit lui-même pense du positivisme juridique. — Duguit et les théories volontaristes allemandes. — Conclusion : Duguit n'était pas un positiviste juridique	17-39
LA DOCTRINE DE G. SCHELLE. La solidarité. — La souveraineté du droit objectif. — La biologie. — <i>Ubi societas ibi jus</i> . — Le momisme. — G. Scelle est-il positiviste ? — Il accepte le droit naturel. — Le sens qu'il donne à ce terme. — G. Scelle est contre les théories volontaristes. — Conclusion : G. Scelle n'est pas un positiviste juridique	39-50

CHAPITRE III

Le positivisme juridique

LES DEUX CARACTÈRES DE CETTE ÉCOLE : 1° Rejet de l'idée du droit naturel ; 2° Manque d'un jugement de valeur. — Ces deux principes sont indispensables et suffisants.	51-52
I. REJET DE L'IDÉE DU DROIT NATUREL : les arguments cités par les positivistes : 1° le contenu de ce droit est indéterminé. — L'idée de justice est une notion subjective. — 2° La question d'efficacité de ce droit. — Il faut avoir une croyance religieuse. — Tout le monde n'est pas théiste. — Le droit naturel n'existe pas.	52-56
II. MANQUE D'UN JUGEMENT DE VALEUR : le terme de « Droit positif ». — Le monisme des positivistes juridiques. — Le Droit positif se suffit à lui-même : 1. La définition du positivisme juridique. — Les arguments des positivistes. — La souveraineté. — La contrainte étatique. — La nécessité logique : il faut accepter l'idée du « droit du plus fort ». — La définition de M. Waline. — La morale de G. Ripert. — 2. Pour les positivistes le but du droit est de rétablir l'ordre et la paix sociale. — L'erreur des positivistes. — Hiérarchie des normes. — Kelsen. — Waline. — 3. Le positivisme juridique et le fondement du Droit international. — Les différentes tendances : G.-F. de Martens. — L'auto-limitation. — Vereinbarung. — Le normativisme. — <i>Pacta sunt Servanda</i> . — L'issue fatale du positivisme : anarchie ou tyrannie	56-65

DEUXIEME PARTIE

EXPOSE

TITRE PREMIER

Historique

Le positivisme juridique est une tendance très ancienne. — Le problème de la connaissance. — La chose en soi. — Le relativisme. — La nécessité d'une étude historique, s'impose. 66-67

CHAPITRE I^{er}

Antiquité

- I. LA CHINE. — Confucius et Mencius. — Ils soutenaient l'existence d'un droit supérieur à la volonté humaine. — Les légistes. — Leur doctrine 68-72
- II. L'INDE : La prépondérance de la croyance religieuse. — Les castes. — Les Brahmanes 72-73
- III. LES HÉBREUX : Pas de caste. — Mais inégalité des races. — Supériorité des Juifs. — La loi de Moïse . . 73-74
- IV. LES GRECS : il n'y a pas de droit international. — La pratique. — Les théories. — L'idée de droit naturel : Heraclite, Aristote, etc... — Les Sophistes : L'autonomie de la volonté individuelle. — Relativisme. — Subjectivisme. — La base de l'Etat et le droit. — Pas de justice absolue. — Trasimache. — L'Epicurisme. — L'homme n'est pas sociable par nature. — Le principe hédonistique. — Le droit naturel d'après Epicure 74-79
- V. LES ROMAINS : Le développement de la Technique juridique. — Pas de droit international. — Pas de philosophie originale. — Lucrèce. — Sénèques et Marc Aurèle. — Ciceron. — La philosophie grecque domine 79-80
- VI. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR L'ANTIQUITÉ : L'influence des idées religieuses. — Particularisme. — La pratique et les théories. — Controverse sur l'existence à cette époque, du droit international. — Les arguments des deux parties. — Le droit international basé sur l'égalité juridique des peuples faisait défaut. 80-84

CHAPITRE II

La doctrine chrétienne contre le positivisme

L'importance de l'influence du christianisme. — Le mot de Saint Paul : « Tous vous êtes un en Jésus Christ ».	
— L'idée d'égalité de tous les hommes sans distinction de races. — La fusion entre le droit et la théologie. — Le Droit est considéré d'origine divine, c'est-à-dire antérieure à la volonté humaine. — Le rôle des théologiens : Saint Augustin Saint Thomas, Origène, Tertullien, Saint Jérôme, Saint Ambroise. — Le rôle de l'Eglise. — La monarchie spirituelle. — La naissance d'un droit international basé sur l'idée d'égalité et de justice	85-90

CHAPITRE III

La doctrine du contrat social au moyen âge

Cette théorie assigne au Droit une origine contractuelle.	91
I. DANTE : Il s'élève contre les prétentions de l'Eglise. — De la monarchie. — Ses arguments. — L'origine volontaire du droit	91-92
II. MARSIUS DE PADOUE : <i>Défensor Pacis</i> . — L'Etat de nature. — Le contrat. — La souveraineté du peuple. — Sa position envers la Papauté	94-96
III. GUILLAUME D'OCCAM : Il est un « nominaliste ». — Le Droit prend sa force de la volonté de Dieu. — Il est contre l'autorité de l'Eglise	96-98
IV. DUNS SCOT : Primauté de la volonté sur l'entendement. — Le contrat social. — Le Prince est absolu ..	98-99
V. LA RÉFORME (LUTHER ET CALVIN). — C'est une réaction contre l'autorité du Pape. — Les conséquences. — L'autonomie de la volonté. — L'individualisme. — L'Etat est lui aussi d'origine divine. — L'idée de Luther. — Le contractualisme de Calvin	99-101

CHAPITRE IV

Le positivisme à l'époque moderne

Le milieu social et intellectuel. — L'influence de la Réforme. — La Renaissance. — Bacon. — Descartes.	102-103
--	---------

- I. MACHIAVEL : Il est politicien plutôt que de juriste. — Il n'a pas un système juridique. — Jean Bodin : Il est absolutiste. — Mais reconnaît l'existence d'un droit supérieur à l'homme 103-104
- II. HOBBS : Le sensualisme. — Le droit de nature. — L'égalité originaire des Hommes. — La liberté illimitée. — La nécessité d'un renoncement mutuel. — La nécessité d'un pouvoir absolu. — Dans l'état de nature il n'y a ni véritable droit, ni justice. — Le droit a pour base la volonté 104-109
- III. SPINOZA : « *Deus sive natura* ». — La substance unique. — Les passions sont plus fortes que la raison. — L'homme est une Partie dans l'immensité de la Nature. — L'état de nature. — Le renoncement mutuel. — La liberté de pensée n'est pas cédée 108-112

CHAPITRE V

Grotius

- Grotius est-il un fondateur ? — Son mérite. — De jure belli ac Pacis. — Ce que Grotius a voulu faire. — Sa doctrine. — Les divers sens du mot droit. — Le droit naturel. — Grotius et Saint Thomas. — Le droit des gens. — Le droit volontaire. — Le souverain. — Le contrat social. — Le rôle de Grotius. — Les deux courants (positiviste et naturaliste) se réclament de lui. — Grotius a voulu faire une synthèse 113-123

CHAPITRE VI

Le positivisme après Grotius

- Déjà avant Grotius : Gentilis. — Sa méthode. — Après Grotius : Zouch, Rachel, Bynkaerchoek, Vattel, J. J. Moser, G. F. De Martens 124-131

CHAPITRE VII

Jean-Jacques Rousseau

- Le contrat social. — « L'homme est né libre, et partout il est dans les fers ». — Le Droit est d'origine contractuelle. — L'état de nature. — « Chacun se donnant

à tous ne se donne à personne ». — Le souverain. — La nation. — La liberté civile. — Le pouvoir appartient au peuple. — La loi de majorité. — Les contradictions dans la théorie de Rousseau. — La justice est relative. — Le système de Rousseau est volontariste 132-139

CHAPITRE VIII

Emmanuel Kant

Le Droit naturel et Kant. — L'influence de Kant. — L'a priori. — Le phénomène et le noumène. — La loi morale. — Le devoir. — Le droit. — La contrainte. — Le seul droit naturel : la liberté. — L'état de nature. — L'état civil. — La volonté collective. — Le rapprochement entre Kant et Rousseau. — Pas de droit d'insurrection. — Le pouvoir est absolu. — Le droit international. — Vöelkerbund. — Le droit des gens a son origine dans un pacte. — La paix perpétuelle. — Les idées différentes de Duguit et de G. Ripert sur Kant. — L'idée de Le Fur. — Le droit de la guerre 140-152

TITRE DEUXIÈME

Le positivisme contemporain

(du XIX^e siècle jusqu'à nos jours)

L'importance du siècle passé. — La réaction contre le droit de nature. 153-154

CHAPITRE I

L'Ecole allemande

I. HEGEL : sa philosophie. — La chose en soi. — L'intelligible et le réel. — L'évolution. — Le devoir. — La lutte. — L'esprit. — Le fondement du droit est avant tout le spirituel. — La volonté. — « L'universel en soi et pour soi ». — L'Etat. — L'unité. — La morale. — Rien n'est possible sans l'Etat. — « La législation est la justice vivante ». — L'esprit du peuple. — La constitution. — L'historicisme. — Pas de contrat social. — Pas de guerre injuste. — Les

peuples reçoivent de l'histoire leurs justes sentences.
— Le droit international a pour fondement la volonté
du plus fort. — Pas d'individualisme. — Après Hegel.
— Feuerbach 155-164

II. SAVIGNY : Son opposition au droit naturel. — Le
droit n'a pas une existence propre et distincte. — Le
droit vit dans la conscience du peuple. — L'école his-
torique et le volontarisme. — Dès qu'il y a un peuple
il y a l'Etat. — La volonté de la nation. — Le droit
international 164-169

III. JHERING : Le droit en son but. — La réalisation
du droit. — Il est contre Savigny. — « La lutte pour
le Droit ». — Kant, Hegel et Jhering. — L'intérêt. —
L'Etat. — La guerre 170-176

IV. JELLINEK : le droit et le « fait ». — Le rationa-
lisme. — La contrainte. — L'efficacité. — « Le droit
est un compromis entre les intérêts divers et oppo-
sés ». — Le droit international. — L'auto-obligation.
— La souveraineté 176-182

V. TRIEPEL : Vereinbarung. — La volonté commune.
— L'auto-limitation ? — Les deux sphères distinctes :
interne et externe. — Une fusion de volontés. — Le
contrat et la Vereinbarung. — Le consentement. —
Pourquoi l'Etat respecte sa parole ? — « Je crois
qu'on peut se contenter d'affirmer qu'il se sent tenu
par cette règle ». — Triepel est un positiviste 182-188

VI. LA DOCTRINE NATIONALE-SOCIALISTE DU DROIT : La
constitution de Weimar. — Les lois du nouveau
régime. — La doctrine traditionnelle n'est pas modi-
fiée. — Le pouvoir du Führer. — Pas de séparation
des pouvoirs. — Ce sont seulement les mots qui
changent. — L'idée de race. — La religion chrétienne.
— L'individualisme. — La démocratie. — La loi de
la nature est aristocratique. — Le droit international.
— La paix. — Le peuple supérieur. 188-195

CHAPITRE II

L'Ecole française

Les caractères distinctifs de la pensée française. 196-199

I. L'ECOLE DE L'EXÈGÈSE : Trois périodes : 1804-1830 ;
1830-1880 ; 1880-1900. — Les textes. — « L'intention
du législateur ». — Le droit naturel 199-203

II. CARRÉ DE MALBERG : Il n'accepte pas l'idée du Droit naturel. — La souveraineté. — La loi positive. — La contrainte étatique. — La volonté de l'Etat. — Le droit international. — L'auto-limitation	203-207
III. G. JÈZE : Il est un positiviste juridique. — Le droit d'un pays. — Le relativisme. — Pas de droit naturel. — Le rôle du juriste. — Le point commun avec Duguit	207-211
IV. M. WALINE : Il est un positiviste « pur ». Le droit positif. — La volonté. — La hiérarchie des normes	211-213
V. G. RIPERT : sa position devant l'idée du droit naturel. — La justice. — La règle morale. — Le droit positif. — Les forces matérielles, psychologiques, intellectuelles et économiques. — La définition du positivisme. — M. Ripert est un moraliste	213-218
V. J. BASDEVANT : Son positivisme. — Pas de droit naturel. — La fonction sociale du droit. — La reconnaissance. — Le relativisme. — Les contradictions. — Sa méthode. — La pratique. — Les faits. — L'idée de justice. — Le droit international doit réaliser « l'ordre par la justice »	219-226

CHAPITRE III

L'Ecole anglaise

Les caractères distinctifs de la pensée anglaise.	227-228
I. BENTHAM : sa position devant l'idée du droit naturel. — La seule source de législation est l'utilité. — Le plaisir et la douleur. — La nécessité d'un gouvernement. — La guerre est une procédure d'exécution	228-232
II. STUART MILL : Il fut supérieur à Bentham. — Les indications du sentiment. — La conscience morale. — Distinction qualitative entre les plaisirs	232
III. DARWIN : L'observation de la vie. — Sélection naturelle. — La subsistance de l'homme. — Conservation de l'espèce	232-233
IV. H. SPENCER : La loi d'évolution. — L'organicisme. — L'utilitarisme. — L'adaptation au milieu. — Le relativisme. — La morale. — La liberté d'action. — Le rapprochement entre l'impératif catégorique de Kant et la loi d'action de Spencer. — Le sentiment de justice.	

— L'idée de justice. — La loi d'égale liberté. — L'a priori. — L'a posteriori. — Le rôle de l'Etat. — L'individualisme de Spencer	233-239
V. J. AUSTIN : L'utilitarisme. — La souveraineté. — La loi. — Il faut que la loi ait un auteur déterminé. — La loi est un mal. — La sanction. — « Positive morality ». — L'influence d'Austin	240-244
VI. John Westlake : Le droit international. — Sa définition. — La loi. — Le droit. — La justice. — Les sources du droit international : La coutume et la raison	244-247
VII. T. J. LAWRENCE. — Le droit naturel : Ce qui est, ce qui doit être. — Les lois positives. — Le rôle des juristes. — Sa méthode. — La défectuosité de cette méthode. — L'opinion de Le Fur	247-252
VIII. HOLLAND : Il se rapproche d'Austin. — La souveraineté. — Les sujets du droit international. — Le consentement des Etats. — Les faits. — Les précédents historiques. — La pratique actuelle	252-253
IX. HALL : Sa méthode. — Les précédents et les faits contemporains. — Le fondement du droit international doit être cherché dans les faits. — Le principe supérieur. — La contrainte. — Sa position devant le droit naturel. — La morale des Etats. — Le droit de « Self-préservation ». — Le danger qui résulte de ce Droit	254-256

CHAPITRE IV

L'Ecole autrichienne

Le Maître de cette école : Kelsen. — Sa doctrine. — Le pur positivisme juridique. — Le système normativiste. — Le monisme. — « Sein » et « Sollen ». — Validité. — Efficacité. — Imputabilité. — La contrainte. — La puissance publique. — La norme fondamentale. — Hypothèse. — La faiblesse de la théorie de Kelsen. — La règle Pacta sunt Servanda	257-268
--	---------

CHAPITRE V

L'Ecole latino-américaine

L'importance des théories des auteurs latino-américains — Leur originalité. — Leur esprit de fraternité.	269-270
--	---------

I. CHARLES CALVO. — Sa doctrine. — La distinction de droit et de loi. — Il répond aux négateurs du droit international. — Le droit international existe. — De préférence Calvo s'attache aux faits	270-272
II. DE BUSTAMANTE : Le fondement du Droit international. — Les théories volontaristes. — L'observation des faits. — La communauté juridique des personnes internationales. — Les devoirs des Etats. — Manque de fondement solide	272-274
III. ALEJANDRO ALVAREZ : Son importance. — L'influence qu'il a joué et qu'il joue encore. — Le père du droit international américain. — Sa théorie. — Les grands principes. — Les principes secondaires. — La conscience juridique des peuples. — Il faut prendre en considération tous les aspects de la vie : La politique, la morale, l'économie et le droit. — La psychologie des peuples. — Les règles. — L'idée de justice. — L'article VIII de la déclaration. — L'objection que l'on peut faire à l'égard de l'idée de la justice internationale. — La conscience des peuples est un élément subjectif. — La reconstruction technique du droit international. — La codification. — L'organisation de la communauté internationale de l'avenir. — La Société Nations. — Le régionalisme	275-286

CHAPITRE VI

L'Ecole italienne

En Italie pas d'idée originale. — J. B. Vico. — Beccaria. — Romagnosi. — Le kantisme. — Gallupi. — L'hégélianisme. — Vera. — Spaventa. — Les causes du rapprochement entre les pensées allemandes et italiennes. — Del Vecchio. — Anzilotti. — Anzilotti s'élève contre l'idée du droit naturel. — Le droit positif. — La règle Pacta sunt Servanda. — Le normativisme. — Les accords. — Anzilotti n'est pas moniste. — Il se déclare opposé aux théories volontaristes. — La base du système d'Anzilotti n'est pas solide	287-292
--	---------

CHAPITRE VII

Critique générale sur l'ensemble des doctrines positivistes

- I. L'OBSERVATION DES FAITS : Les faits matériels. — Le mérite du positivisme juridique. — L'exagération commise par cette école. — La nécessité de la métaphysique 293-303
- II. LE DROIT ET LA CONTRAINTE : La souveraineté. — La puissance publique. — C. de Malberg. — Le droit est indépendant de l'autorité et de la contrainte matérielle. — L'erreur des théories formalistes. — Le statut de la C. P. J. I. 303-306
- III. LA NÉCESSITÉ D'UN DROIT NATUREL : Le droit positif est insuffisant. — Le dualisme est nécessaire. — Le jugement de valeur. — Le criterium : Droit naturel. — La justice. — Le système de François Gény. — Le donné et le construit. — Tout se ramène à l'idée de justice. — La justice est objective. — Le système de M. Le Fur. — Les sens spirituels de l'homme. — Le contenu du droit naturel. — Les principes essentiels. — Le respect des engagements. — La réparation des préjudices. — La nécessité de l'autorité. — La conception de M. Brierly. — Le positivisme trahit sa propre profession de foi. — Le droit naturel existe. — Le droit naturel est indispensable pour arriver à construire un système de droit international solide. — L'opinion de M. J. W. Garner. — Le positivisme est insuffisant. — Le droit naturel est nécessaire. — L'idée de justice. — C'est une notion universelle.... 306-312

Conclusion

- La volonté est incapable de lier les Etats. — Il faut un fondement supérieur à l'homme. — L'importance de la morale. — Il faut étudier la nature humaine dans ses différents aspects. — L'homme n'est pas une machine. — Il est esprit plutôt que d'être matière. — Le droit tire sa force d'obliger de la loi morale 312-315

ACHEVÉ D'IMPRIMER LE 13 FÉVRIER 1939
PAR LES PRESSES MODERNES
96, GALERIE BEAUJOLAIS — PALAIS-ROYAL
PARIS (1^{er})

